

جامعة الإمارات العربية المتحدة
كلية الشريعة والقانون

مجلة
الشريعة والقانون

العدد الأول رمضان ١٤٠٧هـ - مايو (أيار) ١٩٨٧م


بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

«يرفع الله الذين آمنوا والذين أوتوا العلم درجات».

صدق الله العظيم

* ترسل البحوث باسم الأستاذ الدكتور رئيس التحرير على العنوان التالي :
دولة الإمارات العربية المتحدة ـ جامعة الإمارات العربية المتحدة ـ كلية
الشريعة والقانون / العين ـ ص.ب : ١٥٥٥١ ـ تلفون : ٦٤٣٩٩٨ .



تصـــدير

بسم الله العلي القدير، والحمد لله تعالى وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده.

وبعد: فإنه ليسعدني ويثلج صدري إصدار العدد الأول من «مجلة الشريعة والقانون» الذي هو أحد منجزات العام العاشر لإنشاء كلية الشريعة والقانون، العام الحادي عشر لإنشاء جامعة الإمارات العربية المتحدة، وبمناسبة مرور عشر سنوات على إحداث هذه الجامعة.

وإصدار هذه المجلة يترجم إلى حيز الواقع أحد أهداف كلية الشريعة والقانون المنصوص عليه في مقدمة دليلها وهو: «تقديم دراسات نظرية وتحليلية في العلوم ومصادر المعرفة المختلفة ذات الارتباط الوثيق بالشريعة والقانون بما يكفل توسيع آفاق المعرفة وشمولها لدى طلابها».

ويترجم أيضاً شعار جامعة الإمارات وهو «ربط الجامعة بالمجتمع» إلى الساحة العملية، لنقل شحنات المعرفة، وباقات العلوم الأصيلة التي يعتز بها أساتذتها إلى أبناء مجتمع الإمارات الحر الأبي الكريم.

ومن المعلوم أن المجلات العلمية أصبحت ضرورة من ضرورات النشاط في الحياة الجامعية وفي داخل الكلية وخارجها، لأن مجال التدريس مقصور فقط على جوانب محددة ذات صفة تقليدية غالباً. أما عنصر الإبداع والتجديد والتطبيق وتفاعل العقليات العلمية مع الواقع المعاصر، فمجاله الرحب مثل هذه المجلات المتخصصة علمياً من جهة، والتي تعالج قضايا ومسائل وبحوثاً واقعية من جهة أخرى، أو توضح آفاق النظريات العلمية وفوائدها على صعيد الحياة العملية، بأسلوب سهل، ولغة مألوفة يسيرة الفهم، تتقبلها المستويات المتخصصة والعادية في آن واحد.

ومجلتنا هذه شملت عشرة بحوث شرعية وقانونية، وأضواء على بعض الكتب التي صدرت حديثاً، وينتظر أن تعنى الأعداد المقبلة بالتعقيب على بعض أحكام محاكم القضاء الشرعية والمدنية والجنائية في درجاتها المختلفة، كما أنها تساهم في تصحيح بعض المواد القانونية في القوانين التي صدرت حديثاً في دولة الإمارات.

وإني لعلى ثقة بأن نجاحنا في إصدار أول عدد من هذه المجلة ومبادرة السادة أعضاء هيئة التدريس إلى كتابة بحوثها يعد مساهمة فعالة في إنجاح رسالة كلية الشريعة والقانون وإخصاباً لنتاج الحقل العلمي المزدهر الذي نعايشه ونتابع فيه الدرب الطويل على خطى مسيرة علمائنا العظام، ومواصلة جهودهم المثمرة في إنماء وسائل المعرفة، وتقوية بنية التعليم فرع الدوحة النبوية وثمارها اليانعة.

ويجدر بي أن أوجه أجزل الشكر وأوفاه للسلطة الجامعية وجهازها العلمي القوي بقيادة سمو الشيخ نهيان بن مبارك آل نهيان الرئيس الأعلى للجامعة، وسعادة مدير الجامعة، وسعادة أمينها العام على دعمهم وتشجيعهم لإصدار هذه المجلة.

كما أشكر السادة أعضاء هيئة التدريس في كلية الشريعة والقانون على ما بذلوه من جهود طيبة مباركة في إعداد البحوث التي قامت لجنة المجلة بتقويمها وإبداء ما قد يلاحظ عليها وإعادتها إلى كاتبها لتدارك ما يجب تعديله أو توضيحه أو إضافته.

والله أسأل التوفيق والسداد، فإن مداد العلماء أفضل عند الله تعالى من دماء الشهداء.

ا.د. وهبة مصطفى الزحيلي
وكيل كلية الشريعة والقانون
رئيس قسم الشريعة

«أهداف المجلة وقواعد النشر»

أولاً : أهداف المجلة :

مجلة كلية الشريعة والقانون حولية متخصصة تصدرها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، وتهدف إلى :

١ ـ نشر البحوث المبتكرة التي يكتبها أعضاء هيئة التدريس بالكلية من أجل إثراء البحث العلمي في مجالي الشريعة والقانون، مع إتاحة فرص النشر والنمو العلمي لأعضاء هيئة التدريس بالكلية.

٢ ـ توطيد الصلات العلمية والفكرية بين كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة ونظائرها في الجامعات العربية والخليجية.

٣ ـ معالجة المشكلات المتعلقة بدولة الإمارات العربية المتحدة، ومنطقة الخليج، والعالم الإسلامي والعربي من خلال البحوث العلمية التي يضطلع بها أعضاء هيئة التدريس في أقسام الكلية في مجال تخصصاتهم.

٤ ـ متابعة ورصد اتجاهات الحركة العلمية في نطاق الشريعة والقانون عن طريق التعريف بالكتب الحديثة في مجالي الشريعة والقانون، والرسائل الجامعية التي تقدم للجامعات العربية والخليجية، والمؤتمرات والندوات العلمية التي تتناول قضايا الإنسان وبيئته في العالم الإسلامي والعربي في المجالين المذكورين بالإضافة إلى أخبار التراث الفكري الإسلامي العربي والفتاوى الشرعية والقانونية.

٥ ـ إتاحة فرص التبادل العلمي مع المجلات العلمية المماثلة التي تصدرها الكليات المناظرة في الجامعات الأخرى.

ثانياً : قواعد النشر :

١ ـ تقوم مجلة الشريعة والقانون بنشر الدراسات الأصيلة والمبتكرة لأحضاء هيئة التدريس في الكلية، ويجوز لهيئة التحرير أن تقبل بحوثاً من أعضاء هيئة التدريس في الكليات النظيرة في الجامعات الخليجية والعربية، والإسلامية، مع العناية الخاصة بالموضوعات ذات الصلة بمنطقة الخليج والجزيرة العربية.

٢ ـ تقبل البحوث باللغتين العربية والإنجليزية أو الفرنسية على أن يتراوح حجم

البحث بين خمسة آلاف وعشرة آلاف كلمة (١٦ ـ ٣٢) صفحة من القطع العادي، وذلك عدا الهوامش والمراجع والأشكال، والصور، والملاحق.

٣ ـ ينبغي أن يراعى في البحوث التي تقدم للنشر ما يلي:

(أ) أن لا يكون البحث قد سبق نشره.

(ب) اتباع الأصول العلمية من حيث الإحاطة والاستقصاء، والحواشي والمصادر، والمراجع إلى غير ذلك من القواعد المرعية في البحوث العلمية.

(جـ) يجب أن يراعى في البحوث المتضمنة لنصوص شرعية ضبطها بالشكل مع الدقة في الكتابة.

(د) يتضمن غلاف البحث اسم المؤلف، والقسم الذي ينتمي إليه، وأن تكتب السيرة العلمية للباحث في صفحة مستقلة بنحو موجز.

٤ ـ تزود هيئة التحرير بثلاث نسخ من البحث مرقومة على الآلة الكاتبة.

٥ ـ توجه البحوث إلى رئيس هيئة تحرير المجلة ـ جامعة الإمارات العربية المتحدة ـ كلية الشريعة والقانون ـ ص.ب: ١٥٥٥١ العين ـ دولة الإمارات العربية المتحدة.

٦ ـ يتم عرض البحوث ـ على نحو سري ـ على محكَّم أو أكثر من المتخصصين الذين يقع عليهم الاختيار.

٧ ـ تعد الأقسام العلمية لائحة المحكمين الداخليين والخارجيين ويعتمدها مجلس إدارة المجلة، وتصرف المكافآت وفقاً للقواعد المعمول بها في الجامعة.

٨ ـ يخطر أصحاب البحوث بالقرار حول صلاحيتها للنشر أو عدمه خلال مدة لا تتجاوز الشهرين.

٩ ـ ما ينشر في المجلة يعبر عن وجهة نظر صاحبه، ولا يعبر بالضرورة عن وجهة نظر هيئة التحرير أو جامعة الإمارات العربية المتحدة.

البحوث والدراسات الشرعية



نظرية الباعث في العقود
في الفقه والأصول

بقلم
الأستاذ الدكتور / وهبة الزحيلي[1]

---

* رئيس قسم الشريعة، جمع بين الدراستين : الشرعية والقانونية، وله أكثر من عشرين مؤلفاً، منها آثار الحرب في الفقه الإسلامي، ونظرية الضرورة الشرعية، ونظرية الضمان، والفقه الإسلامي وأدلته (ثمانية مجلدات) وأصول الفقه الإسلامي (مجلدان) وشرح العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية في دولة الامارات والقانون الأردني.

إن الباعث الذاتي أو الدافع البعيد الذي يدفع العاقد إلى إبرام العقد هو أحد الأركان أو العناصر الأساسية التي يرتكز عليها العقد لدى واضعي القانون المدني الحديث، فأصبحت وظيفة الباعث أو السبب في النظرية الحديثة هي منع صحة العقد الذي يبتغيه العاقدان بوسائل مشروعة للوصول إلى نتائج غير مشروعة، وأضحى الهدف من هذه النظرية تحقيق مصلحة المجتمع وحماية الأخلاق أو النظام العام والآداب الاجتماعية، أي أن السبب المصلحي يتضمن فكرة الجزاء على خطأ، وهو إرادة المتعاقدين تحقيق غاية غير مشروعة.

هذا ... وقد عرف الفقه الإسلامي من قديم هذه النظرية، وكان له فضل السبق في تقديرها، وإعطائها الأهمية الكبرى التي تستحقها، وتأثيرها على كثير من العقود في الحياة المدنية، مع أن بعض العاقدين أغفلوا دورها في المعاملات المعاصرة، واقترفوا الحرام، وأكلوا الربا أو أعطوه، لعدم التفاتهم إلى هذه النظرية، وعدم إصغائهم للبواعث الداخلية أو القصود والنيات الخبيثة أو غير المشروعة التي أضمروها عند إبرام العقد، أو تناسيهم وإهمالهم لها، طمعاً في المكسب، وحباً للمال دون تفريق بين كونه من حلال أو حرام، فتذرعوا بظاهر العقد، وتحايلوا على شرع الله ودينه بما لا يتقبله مفكر واع أو أي مسلم ورع صادق الإيمان أو أي شخص فطن لمقاصد الشريعة وغاياتها الأصيلة البعيدة المدى.

وقد تجرأ بعض المسلمين في بعض العواصم الإسلامية، ففتح المكاتب لبيوع الآجال أو بيوع العينة التي تصادم هذه النظرية، كما سأبين، ولا أدري هل أفتاهم بعض الجاهلين أو المتحايلين بحلها أو إباحتها، مع أنها تحايل واضح على أخذ الفوائد الربوية باستخدام عقد البيع لبضاعة أو سلعة كسكر أو أرز مثلاً جسراً للحرام، وربما سوغوا عملهم بأن هذا البيع صحيح في الظاهر، وأجازه بعض أئمة المذاهب، لكنهم نسوا أن القول بصحة هذا العقد ظاهراً لا يعني إباحته شرعاً.

فقد يكون العقد صحيحاً لاشتماله على الأركان والشروط المطلوبة شرعاً، لكن يكون عاقده آثماً عاصياً أمام الله تعالى لارتكابه الحرام بطرق ملتوية، فوقع في مخالفتين:

اقتراف الحرام والتحايل عليه بادعاء حله، وهذا ما صرح به الفقهاء الذين أجازوا العقد في الظاهر قائلين: ونترك القصد المؤثم لله عز وجل، لأن المهم في الأحكام الشرعية هو النظر إلى الأشياء من ناحية الحل والحرمة في الحقيقة والباطن أو القصد والنية، لا من حيث الصحة، والمفروض شرعاً أن يتطابق العقد مع هذه النظرة القلبية الداخلية، ولأن معيار تصحيح الأعمال كلها شرعاً هو النية والقصد، لقوله عليه الصلاة والسلام - فيما يرويه البخاري ومسلم عن عمر رضي الله عنه - «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرىء ما نوى» فهذا الحديث أصل من أصول الإسلام الكبرى، وقاعدة من قواعده العتيدة التي قامت عليها الاجتهادات الفقهية، فقررت بناء عليه قاعدة: «الأمور بمقاصدها» عند الكل وقاعدة «العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني» عند الأكثر.

ويتضح ذلك ببيان موقف الفقه الإسلامي من نظرية السبب بالمعنى الحديث لدى القانونيين، أي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ومدى تأثيرها في العقود، ويتجاذب هذا الموقف اتجاهان: اتجاه يغلب فيه النظرة الموضوعية، واتجاه يلاحظ فيه النوايا والبواعث الذاتية.

أما الاتجاه الأول - فهو مذهب الحنفية والشافعية والظاهرية[1]: الذين يأخذون بالإرادة الظاهرة في العقود، ولا يعتدون بالإرادة الباطنة، أي أنهم حفاظاً على مبدأ استقرار المعاملات لا يأخذون بنظرية السبب أو الباعث، لأن فقههم ذو نزعة موضوعية بارزة أو نظرة ظاهرية، كالفقه الجرماني (الألماني وتوابعه). أما السبب أو الباعث الذي يختلف باختلاف الأشخاص، فهو عنصر ذاتي داخلي قلق يهدد المعاملات.

ولا تأثير للسبب أو للباعث على العقد إلا إذا كان مصرحاً به في صيغة التعاقد، بأن تتضمنه الإرادة الظاهرة، كالاستئجار على الغناء، والنواح على الميت، والملاهي وغيرها من المعاصي. فإذا لم يصرح به في صيغة العقد، بأن كانت الإرادة الظاهرة لا تتضمن باعثاً غير مشروع، فالعقد صحيح، لاشتماله على أركانه الأساسية من إيجاب وقبول وأهلية المحل لحكم العقد، وحكم العقد: هو أثره النوعي الجوهري المترتب عليه شرعاً، وهو في البيع مثلاً نقل ملكية المبيع للمشتري، واستحقاق الثمن في ذمة المشتري للبائع.

ولأنه قد لا تحصل المعصية بعد العقد، ولا عبرة للسبب أو الباعث في إبطال العقد.

والنتيجة المقررة عندهم هي أن العقد صحيح في الظاهر، دون بحث في النية أو القصد غير المشروع (الباعث) لكنه مكروه تحريماً عند الحنفية، بسبب النية غير المشروعة.

وبناء عليه، قال الحنفية والشافعية بصحة العقود التالية، مع الكراهة التحريمية عند الحنفية، والكراهة العادية لظاهر العقد لدى الشافعية والظاهرية وتأثيم ناوي الحرام وهي:

١ ـ **بيع العينة** : أي البيع الصوري المتخذ وسيلة للربا الحرام، كبيع سلعة بثمن مؤجل إلى مدة بمائة وعشرة دراهم، ثم شراؤها من المشتري في الحال بمائة درهم، فيكون الفرق ربا، لكن الإمام أبو حنيفة رحمه الله ـ استثناء من مبدئه في عدم النظر إلى النية غير المشروعة ـ اعتبر هذا العقد فاسداً إن خلا من توسط شخص ثالث بين المالك الذي هو المقرض في الحقيقة، والمشتري الذي هو المقترض في الواقع.

٢ ـ **بيع العنب لعاصره خمراً** : أي أن يبيع صاحب العنب عنبه لمن يعلم أنه سيتخذه خمراً، أو يظنه ظناً غالباً، فإن شك في اتخاذه خمراً أو توهمه فالبيع ذاته مكروه. أما في حال العلم فتحرم النية الآثمة، والعقد نفسه.

٣ ـ بيع السلاح في الفتنة الداخلية أو لمن يقاتل به المسلمين أو لقطاع الطرق المحاربين، ومثله بيع أدوات القمار، وإيجار دار للدعارة أو للقمار (الميسر) وبيع الخشب لمن يتخذ منه آلات الملاهي، والإجارة على حمل الخمر لمن يشربها ونحو ذلك.

٤ ـ **زواج المحلل** : وهو الذي يعقد زواجه على امرأة مطلقة طلاقاً ثلاثاً، وهي البائن بينونة كبرى، بقصد تحليلها لزوجها الأول بالدخول بها مرة واحدة، ثم يطلقها ليصح لزوجها الأول العقد عليها من جديد، بعد انتهاء العدة عقب كل من الطلاق الأول والثاني عملاً بظاهر الآية القرآنية : «فإن طلقها، فلا تحل له من بعد، حتى تنكح زوجاً غيره». (البقرة : ٢٣٠).

يظهر من هذه الأمثلة أن هذا الاتجاه لا يأخذ بالسبب أو الباعث إلا إذا كان داخلاً في صيغة العقد، وتضمنه التعبير عن الإرادة ولو ضمناً، ولا يعتد به إذا لم تتضمنه صيغة العقد.

وأما الاتجاه الثاني ـ فهو مذهب المالكية والحنابلة والشيعة[٢] : الذين ينظرون إلى القصد والنية أو الباعث، فيبطلون التصرف المشتمل على باعث غير مشروع، بشرط أن يعلم الطرف الآخر بالسبب غير المشروع، أو كان بإمكانه أن يعلم بذلك بالظروف والقرائن التي تدل على القصد الخبيث، كإهداء العدو هدية لقائد الجيش، والإهداء للحكام والموظفين، فذلك مقصود به الرشوة، فتكون للدولة، وهبة المرأة مهرها لزوجها، من أجل استدامة الزواج، فإن طلقها بعدئذ، كان لها الرجوع فيما وهبت[٣].

هذا الاتجاه يأخذ تقريباً بنظرية السبب أو بمذهب الإرادة الباطنة في الفقه اللاتيني (الفرنسي وتوابعه) مراعاة للعوامل الأدبية والخلقية والدينية، فإن كان الباعث مشروعاً، فالعقد صحيح، وإن كان غير مشروع، فالعقد باطل حرام، لما فيه من الإعانة على الإثم والعدوان.

قال الشوكاني[٤] : لا خلاف في تحريم بيع العنب لمن يعصره خمراً في حال القصد وتعمد البيع إلى من يتخذه خمراً، أما مع عدم القصد والتعمد للبيع، فذهب جماعة من أهل العلم إلى جوازه مع الكراهة، ما لم يعلم أنه يتخذه لذلك.

وهذا الكلام يؤكد ما قررناه في البداية أن المعول عليه في التحريم هو القصد والنية، فهي التي تفصل في الأمر، وتضفي على العقد صفة الحل أو الحرمة، سواء قلنا في الظاهر بصحة العقد أو عدم صحته.

وبناء عليه، قال المالكية والحنابلة ومن وافقهم ببطلان العقود السابقة، وأضاف لها المالكية أنهم لا يجيزون بيع أرض بقصد بناء كنيسة، أو بيع خشب بقصد صنع صليب، أو شراء عبد بقصد أن يكون مغنياً، أو استئجار كراريس فيها عبارات النوح، وبيع ثياب حرير ممن يلبسها[٥].

أما عدم صحة بيع العنب للخمار، وبيع السلاح للأعداء ونحوهما، فلأنه إعانة على الحرام، أو عقد على شيء لمعصية الله به، فلا يصح.

وأما فساد زواج المحلل فلأنه يتنافى مع أغراض الزواج السامية، وهو أنه عقد مؤبد قصد به تكوين أسرة دائمة، وهذا الزواج اتخذ لتحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول في وضع مؤقت، فهو حيلة لرفع تحريم مؤبد، وهو قصد غير مشروع.

وأما فساد بيع العينة أو بيوع الآجال فلأنه اتخذ البيع حيلة لتحليل التعامل بالربا، ولم يكن الغرض الحق هو البيع والشراء، فهو وسيلة لعقد محرم غير مشروع، فيمنع سداً للذرائع المؤدية إلى الحرام.

أما بيع الأجل: فهو ان يبيع شيئاً لأجل كشهر، ثم يشتريه البائع نفسه من المشتري بجنس ثمنه نقداً بأقل من الثمن الأول المؤجل أو إلى أقرب من الأجل، أو بأكثر من الثمن إلى أبعد من الأجل، فلا تجوز هاتان الصورتان للتهمة وأدائها إلى ممنوع، وهو اجتماع بيع وسلف، أو سلف جرّ نفعاً أو ضمان بجعل.

وأما بيع العينة: فهو أن يقول شخص لآخر: اشتر سلعة بعشرة نقداً، وأنا آخذها منك باثنى عشر لأجل، فلا يجوز لما فيه من سلف جرّ نفعاً[٦].

يتبين مما ذكر أن هذا الاتجاه يعتد بالمقاصد والنيات في إبطال العقود، ولو لم تذكر في العقود، بشرط أن يكون ذلك معلوماً للطرف الآخر، أو كانت الظروف تحتم علمه، لأن النية روح العمل ولبه، ويكون هذا الاتجاه آخذاً بنظرية السبب بالمعنى القانوني الحديث، تلك النظرية التي تتطلب أن يكون السبب مشروعاً، فإن لم يكن سبب العقد مشروعاً، فلا يصح العقد.

أما الاتجاه الأول فهو وإن لم يبطل العقد بالباعث غير المشروع فإنه يجعل العقد حراماً، يأثم عاقده، ويحاسب بين يدي الله على سوء نيته المصادمة لمقاصد الشريعة. ومن المعروف أن النظرة الشرعية الغالبة هي للإثم وعدمه وللحرمة والحل، أما ظاهر العقد فصحيح لاستكمال الأركان والشروط المطلوبة شرعاً، ويترك أمر التأثيم لله عز وجل، وهذا بذاته هو ما قاله الإمام الشافعي عن بيع العنب لعاصره خمراً، وبيع السلاح في الفتنة: العقد صحيح أي في الظاهر، وأدع القصد المؤثم لله عز وجل.

منشأ الخلاف بين الاتجاهين :

إن سبب الخلاف بين الفريق الأول القائل بعدم تأثير الباعث على العقد إبطالاً وإفساداً، وبين الفريق الثاني القائل بتأثير الباعث على العقد في الإبطال والإفساد، يرجع إلى مسألة مهمة في الشريعة الإسلامية هي مسألة «النية واللفظ في العقود» وبالتالي إلى الشيء، يعطي حكم ذلك الشيء نفسه، فما كان وسيلة إلى المباح فهو مباح وهو مبدأ الذرائع، ومعناه الأخذ بالذرائع إذا كانت النتيجة مصلحة، وما كان وسيلة إلى الشيء الممنوع المشتمل على مفسدة فهو ممنوع، وهو مبدأ سد الذرائع ومعناه الحيلولة دون الوصول إلى المفسدة إذا كانت النتيجة فساداً، لأن الفساد ممنوع.

ومبدأ سد الذرائع لا ينظر فقط إلى النيات والمقاصد الشخصية، بل يقصد مع ذلك إلى النفع العام، أو إلى دفع الفساد العام، فهو ينظر إلى القصد مع النتيجة، أو إلى النتيجة وحدها.

أما مسألة النية واللفظ في العقود فإن الفقه الإسلامي اتجه فيها الاتجاهين السابقين :

الأول : مذهب الشافعي وأبي حنيفة وداود الظاهري : ومقتضاه الاعتداد بالألفاظ في العقود، دون النيات والقصود، إذ إن نية السبب والغرض غير المباح شرعاً مستترة، فيترك أمرها لله وحده، يعاقب صاحبها عليها، ما دام أثم بنيته. ومن هنا قرروا أن «المعتبر في أوامر الله العبادات المعنى (أي النية أو القصد) والمعتبر في أمور العباد (المعاملات) الاسم واللفظ» أي فيما إذا لم يكن في العقد ما يدل على النية والقصد صراحة، فإن ظهر القصد في العقد صراحة أو ضمناً بقرائن، فيعمل بقاعدة «العبرة في العقود بالمعاني، لا بالألفاظ والمباني»[٧].

وهكذا فكل عقد في هذين المذهبين تؤخذ أحكامه من صيغته، ومما لابسه واقترن به، ففساده يكون من صيغته، وصحته تكون منها، ولا يفسد العقد لأمور خارجة عنه، ولو كانت نيات ومقاصد لها إمارات، أو ولو كانت مآلات مؤكدة ونهايات ثابتة.

الثاني : مذهب المالكية والحنابلة : ومقتضاه التشدد بحق في رعاية النية والقصد دون اللفظ.

وقد انتصر ابن قيم الجوزية لهذا المذهب، وأكد أن القصود في العقود معتبرة، وأنها تؤثر في العقد صحة وفساداً، حلاً وحرمة، وأفاض في بيان ذلك، وتفصيله في كتابه أعلام الموقعين، وإني أوجز رأيه فيما يأتي[٨] :

(ا) إن اتفقت نية العاقد مع ما تدل عليه عبارته، انعقد العقد، وترتب عليه أثره الشرعي.

(ب) إن قصد غير ما تدل عليه عبارته، ولكن لم يدل شيء على نيته، كان مؤاخذاً بنيته ديانة، أي أمام الله تعالى، إلا أنه يلزم قضاء حكم العقد، كما يؤخذ من عبارته.

(جـ) إن كشفت قرينة على هذه النية، وكانت لا تنافي الشريعة، صح العقد، وإلا

كان فاسداً لا أثر له.

وأما مبدأ الذرائع: فإن الاتجاه الأول ـ وهو النظر إلى الأحكام الظاهرة وإلى الأفعال عند حدوثها، دون النظر إلى غاياتها ومآلاتها، أخذ به الإمام الشافعي في الذرائع، بل إنه عمم تلك النظرة الظاهرية المادية على كل نواحي الشريعة، وطبق قاعدته على العقود والتصرفات(٩). ويلتقي معه الإمام أبو حنيفة في إنكار الأخذ بالذرائع.

وخالفهما في تلك النظرة الإمامان مالك وأحمد، فقررا الأخذ بالذرائع، وحكما بها، ونظراً إلى المآلات والغايات نظرة مجردة، كما نظرا إلى البواعث أيضاً، فمن عقد عقداً قصد به أمراً محرماً، واتخذ العقد ذريعة له، فإن المآل والباعث يحرمان العقد، فيأثم عند الله تعالى، ويكون العقذ باطلاً، لأنه قصد أمراً محرماً، فيبطل سداً للذريعة.

وعند الترجيح والاختيار لا أجد بداً من اختيار مذهب مالك وأحمد رحمهما الله تعالى، لأنه متمش مع قاعدة «الأمور بمقاصدها» وحديث «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرىء ما نوى» فبيّن النبي عليه السلام في الجملة الأولى أن العمل لا يقع إلا بالنية، وبين في الجملة الثانية أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه، وهذا يعم العبادات والمعاملات والأيمان والنذور وسائر العقود والأفعال، وهذا دليل على أن من نوى بالبيع عقد الربا حصل له الربا، ولا يعصمه من حرمه الربا صورة البيع.

ثم إن هذا المسلك أنزه في الدين، وأقرب إلى رعاية مقاصد الشريعة العامة التي جاءت لإصلاح الناس، على أسس صالحة من الخير والسداد في النظم الاجتماعية والاقتصادية والسياسية(١٠).

وبه أصبح مبدأ الذرائع أصلاً من أصول الفقه عند الإمامين: مالك وأحمد، وأخذ به الشيعة أيضاً.

تحقيق موضع الخلاف بين العلماء في الذرائع:

اتفق العلماء على أنه لا يجوز التعاون على الإثم والعدوان مطلقاً، وأن ما يؤدي إلى إيذاء جماعة المسلمين ممنوع، كحفر الآبار في الطريق العامة، أو إلقاء السم عملاً بمقتضى قوله تعالى: «ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله، فيسبوا الله عدواً بغير علم». (الأنعام: ١٠٨). ونحوها من المسائل التي اتفقوا على منع التوسل بها.

واتفقوا أيضاً على أن ما يكون طريقاً للخير والشر، وفي فعله منفعة للناس لا يكون محظوراً، كغرس العنب، فإنه يؤدي إلى صنع الخمر، ولكن لم يكن غرسه لهذا الغرض بأصله، وإنما الانتفاع بغرسه أكبر من حصول الإضرار به، والعبرة للغالب. ومثله أيضاً المجاورة في البيوت خشية الزنى.

واما موضع الخلاف فهو في بيوع الآجال وبيوع العينة، مثل أن يبيع البائع سلعة بعشرة دراهم إلى أجل، ثم يشتريها من المشتري بخمسة نقداً، وهذه البيوع يقال: إنها

تصل إلى ألف مسألة، قال الشاطبي: قامت الأدلة على اعتبار الشرع سد الذرائع في الجملة، وهذا مجمع عليه، وإنما النزاع في ذرائع خاصة، وهي بيوع الآجال[١١].

ومثل ذلك كل مباح تذرع به إلى مفسدة، كالنظر للضرورة إلى المرأة الأجنبية، والتحدث معها، من حيث إنه ذريعة إلى الزنى، ومثل الحالات السابقة من العقود التي اختلفوا فيها بسبب اختلافهم في تأثير الباعث في العقد.

وموطن الخلاف الدقيق في بيوع الآجال، ليس في الحالة التي يظهر فيها القصد إلى الربا، فإن ذلك لا يجوز بحال. وإنما الخلاف هو في هذه الحالة التي لم يظهر منها القصد إلى الممنوع.

فالمالكية والحنابلة يبطلون هذه البيوع، لأن العقد نفسه يحمل الدليل على قصد الربا، إذ إن مآل هذا العقد هو بيع خمسة نقداً بعشرة إلى أجل والسلعة فيما بين ذلك لغو لا معنى لها.

وأما أبو حنيفة فهو وإن لم يقل بحكم الذرائع، إلا أنه يبطل هذه البيوع على أساس آخر: وهو أن الثمن إذا لم يستوف لم يتم البيع الأول، فيصير الثاني مبنياً عليه، أي أنه ليس للبائع الأول أن يشتري شيئاً ممن لم يتملكه، فيكون البيع الثاني فاسداً، ويؤول الأمر إلى بيع خمسة في عشرة لأجل، وهو ربا فضل ونسيئة معاً، فيصبح العقد الثاني فاسداً، لأن فيه معنى الربا.

وهناك علة أخرى وهي أن البيع الثاني بيع شيء لم يقبض غالباً، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع شيء قبل قبضه، قائلاً لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»[١٢]. وقائلاً أيضاً: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا بيع ما ليس عندك، ولا ربح ما لم يضمن» أي ما لم يقبض[١٣].

وأما الإمام الشافعي فيصحح هذه البيوع قضاء، ويترك ناحية القصد الباطن إلى الإثم والعقاب الأخروي، فهو كما قدمنا يقول: «العقد صحيح، وأدع القصد المؤثم والنية الباطنة إلى الله عز وجل» والمعنى أن العقد حرام للنهي عنه، لكن النهي لا يبطل العقد في كل بيع يؤدي إلى مفسدة، وكذا كل تصرف يفضي إلى معصية، مادام مستوفياً أركانه وشروطه الصحيحة، فالعقدان صحيحان في الظاهر، حتى يقوم الدليل على قصد الربا المحرم»[١٤].

أدلة المالكية والحنابلة على تحريم البيوع الربوية:

البيوع الربوية أو بيوع الآجال تسمى أيضاً عند الجمهور بيوع العينة، وفرق بينها المالكية في اصطلاحهم كما تقدم بيانه، والمعنى واحد عند غيرهم، لأنه يتوسط في التعامل بالربا عين، كأن يبيع الشخص عيناً بثمن مؤجل، ثم يبيعها لبائعها بثمن معجل أقل، فيكون الفرق ربا.

واستدلوا على تحريم هذه البيوع بسد الذرائع إلى الربا، وبحديث تكلم بعض العلماء في سنده، وهو ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا ضنّ الناس بالدينار والدرهم، وتبايعوا بالعينة، واتبعوا أذناب البقر - أي اشتغلوا بالزراعة - وتركوا الجهاد في سبيل الله، أنزل الله عليهم بلاء، فلا يرفعه، حتى يراجعوا دينهم»[15].

وأضاف المالكية دليلين آخرين هما:

١ - إن هذه البيوع، وإن كانت على صورة بيع جائز في الظاهر، إلا أنها لما كثر قصد الناس بها التوصل إلى ممنوع في الباطن، كبيع بسلف، وسلف بمنفعة، منعت قياساً على الذرائع المجمع على منعها، بجامع أن الأغراض الفاسدة في كل هي الباعثة على عقدها، لأنه المحصل لها.

٢ - بحديث ذكره الإمام مالك في الموطأ وهو «أن أم ولد زيد بن أرقم قالت لعائشة رضي الله عنها: يا أم المؤمنين إني بعت من زيد بن أرقم عبداً بثمانمائة درهم إلى العطاء، واشتريته منه بستمائة نقداً، فقالت عائشة رضي الله عنها: بئس ما شريت وبئس ما اشتريت، أخبري زيد بن أرقم أنه أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب، قالت: أرأيتني إن أخذته برأس مالي؟ فقالت عائشة رضي الله عنها: «فمن جاءه موعظة من ربه، فانتهى، فله ما سلف، وأمره إلى الله» (البقرة: ٢٧٥)»[16].

فهذه صورة النزاع، قال القرافي: «وهذا التغليظ العظيم لا تقوله رضي الله عنها إلا عن توقيف، فتكون هذه الذرائع واجبة السدّ، وهو المقصود»[17].

وقال ابن رشد الجد في المقدمات الممهدات: «هذه المبالغة كانت بين أم ولد زيد بن أرقم ومولاها قبل العتق، فيخرج قول عائشة على تحريم الربا بين السيد وعبده، مع القول بتحريم هذه الذرائع، ولعل زيداً لا يعتقد تحريم الربا بين السيد وعبده»[18].

أدلـة الشافعية:

أجاب الزركشي من الشافعية على أدلة المالكية: بأن عائشة قالت ذلك باجتهادها، واجتهاد واحد من الصحابة لا يكون حجة على الآخر بالإجماع، ثم قولها معارض بفعل زيد بن أرقم، ثم إنها أنكرت البيع لفساد التعيين، فإن البيع الأول فاسد بجهالة الأجل، لأن وقت العطاء غير معلوم، والثاني بناء على الأول، فيكون فاسداً[19].

ثم انتقل الشافعية من منع أدلة المالكية في الجملة إلى إثبات مدعاهم، فقالوا: وإذا اختلف الصحابة كما ذكر، فمذهبنا القياس، واحتجوا بثلاثة أدلة:

١ - قوله تعالى في حل البيع: «وأحل الله البيع وحرم الربا». وأجابهم القرافي: بأن هذا النص عام، وما استدلت به المالكية من حديث عائشة خاص، والخاص مقدم على العام، على ما تقرر في علم الأصول[20].

٢ ـ ثبت في السنة أن رسول الله ﷺ : «أتي بتمر جنيب ـ نوع جيد من أنواع التمر ـ فقال : أتمر خيبر كله هكذا ؟ فقالوا : إنا نبتاع الصاع بالصاعين من تمر الجمع ـ التمر المختلط الردىء ـ فقال عليه السلام : لا تفعلوا هذا ، ولكن بيعوا تمر الجمع بالدراهم ، واشتروا جنيبا »[٢] . فهذا بيع صاع بصاعين . وإنما توسط بينهما عقد الدراهم ، فأبيح .

وأجاب **القرافي** : بأن المالكية يمنعون أن يكون العقد الثاني من البائع الأول ، وليس ذلك مذكوراً في الخبر ، مع أن بيع النقد إذا تقابضا فيه ، ضعفت التهمة ، وإنما المنع حيث تقوى التهمة .

٣ ـ إن العقد المفضي إلى الفساد لا يكون فاسداً إذا صحت أركانه ، كبيع السيف من قاطع الطريق ، والعنب من الخمار ، مع أن الفساد في قطع الطريق أعظم من سلف جر نفعاً ، لما فيه من ذهاب النفوس والأموال .

وأجاب **القرافي** : بأن كل ذلك إذا لم تكن الأغراض الفاسدة هي الباعثة على العقد ، وإلا منع كما في عقود صور النزاع ، وهناك فرق بين هذه البيوع وبيع السيف من قاطع الطريق ونحوه ، فإن البيع للقاطع ليس محصلاً لقطع الطريق وعمل الخمر ، إذ الفساد ليس مقصوداً من البيع بالذات ، حتى يكون باعثاً على عقده ، كصورة النزاع .

والذي أراه في هذا المباح الذي يتذرع به إلى المفسدة : هو أنه ينبغي سد الباب أمام المحتالين والمفسدين الذين يعملون على التحلل من قيود الشريعة وأحكامها ، فإن الشريعة جاءت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد ، وهي إنما تنظر في الحقيقة إلى غايات الأشياء ومآلاتها ، فإن كانت هذه الغايات مفاسد وأضراراً منعت من أسبابها ، وسدت الوسائل والطرق التي يتذرع بها إليها ، ولو كانت هذه الوسائل في نفسها جائزة ، وحينئذ يكون مذهب المالكية والحنابلة في هذه المسألة ـ وهو القول بتأثير الباعث في العقد ، وسدّ الذريعة إلى الحرام ـ أسد وأحكم ، والعمل به أوجب وألزم .

هل ينظر في الذرائع إلى الباعث أو إلى المآل والغاية ؟

ينظر إلى الوسائل أو الذرائع من جانبين :

أحدهما ـ النظر إلى الباعث الذي يبعث الشخص على الفعل ، سواء أكان قصده أن يصل إلى حلال أم يصل إلى حرام .

ثانيهما : النظر إلى المآلات المجردة ، من غير نظر إلى البواعث والنيات .

أما الأول : وهو النظر إلى الباعث : فهو كأن يعقد شخص عقداً لا يقصد به مقتضاه الشرعي ، بل يقصد به أمراً محرماً ، كمن يعقد عقد زواج على امرأة ، لا يقصد به أصل العشرة الدائمة ، بل يقصد به أن يحلها لمطلقها الأول بالثلاث (نكاح المحلل) وكمن يعقد عقد بيع ، لا يقصد به مجرد نقل الملكية وقبض الثمن ، بل يقصد به التحايل على الربا (بيع العينة) فإنه في هاتين الحالتين وأشباههما يكون العاقد آثماً ، ولا يحل ما

عقد عليه فيما بينه وبين الله تعالى، أي ديانة.

وإن قامت الدلائل عند إنشاء العقد على نيته، اعتبرت تلك النية الظاهرة سبباً في فساد العقد وبطلانه، لأن اعتبار النية التي قام عليها دليل مادي ظاهر، اقترن بإنشاء العقد، أولى من اعتبار الألفاظ المجردة، بل إن العمل بالنية تفسير لهذه الألفاظ، لأن قرائن الأحوال تعيّن المراد، وتكيف المقاصد، وإن الألفاظ موضوعة للدلالة على مقاصد العاقدين، فإذا ألغيت تلك المقاصد، واعتبرت العبارات مجردة، كان ذلك إلغاء لما يجب اعتباره، واعتباراً لما لم يقصد لذاته.

ونرى في هذه الحالة أنه كان النظر إلى الباعث من حيث التأثيم أولاً، ثم من حيث بطلان التصرف إن قام الدليل.

وأما الثاني: وهو النظر إلى المآل من غير اعتبار للباعث، فالاتجاه فيه إلى الأفعال وما ينتهي في جملتها إليه، فإن كانت تنحو نحو المصالح التي هي المقاصد من معاملات الناس، بعضهم مع بعض، كانت مطلوبة بمقدار يناسب طلب هذه المقاصد. وإن كانت مآلاتها تنحو نحو المفاسد، فإنها تكون محرمة بما يتناسب مع تحريم هذه المقاصد، وإن كان مقدار التحريم أقل في الوسيلة.

والنظر إلى المآلات على هذا النحو لا يكون إلى مقصد العامل ونيته، بل إلى نتيجة العمل وثمرته، وبحسب النية والثمرة يحسن العمل في الدنيا أو يقبح، ويطلب أو يمنع، لأن الدنيا قامت على مصالح العباد، وعلى القسطاس والعدل، فمن سب الأوثان مخلصاً العبادة لله سبحانه وتعالى، فقد احتسب نيته عند الله في زعمه، ولكنه تعالى نهى عن السبّ إن أثار ذلك حنق المشركين، فيسبوا الله عدواً بغير علم، فقد قال الله تعالى: «ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله، فيسبوا الله عدواً بغير علم» (الأنعام: ١٠٨). فكان الملاحظ في هذا النهي النتيجة الواقعة، لا النية المحتسبة.

ونستدل منه أن المنع فيما يؤدي إلى الإثم، لا يتجه فيه إلى النية فقط، بل إلى النتيجة المثمرة أيضاً، فالأصل في اعتبار الذرائع هو النظر إلى مآلات الأفعال، فيأخذ الفعل حكماً يتفق مع ما يؤول إليه، سواء أقصده أم لم يقصده، فإذا كان الفعل يؤدي إلى مطلوب فهو مطلوب، وإن كان لا يؤدي إلا إلى شر، فهو منهي عنه، ممنوع بسبب النتيجة، وإن كان قد علم الباعث الحسن والنية المخلصة.

وقد يقصد الشخص الشر بفعل المباح، فيكون آثماً فيما بينه وبين الله تعالى، ولكن ليس لأحد عليه من سبيل، ولا يحكم على تصرفه بالبطلان الشرعي، كمن يرخص في سلعته، ليضر بفعله تاجراً ينافسه، فإن هذا بلا شك عمل مباح، وهو ذريعة إلى إثم، هو الإضرار بغيره، وقد قصده. ومع ذلك لا يحكم على عمله بالبطلان بإطلاق، ولا يقع تحت التحريم الظاهر الذي ينفذه القضاء، فإن هذا العمل من ناحية النية ذريعة للشر، ومن ناحية الظاهر قد يكون ذريعة للنفع العام والخاص، فإن البائع بلا شك ينتفع من

بيعه ومن رواج تجارته، وينتفع العامة من ذلك الرخص، وقد يدفع إلى نزول الأسعار، ومع ذلك كرهه الإمام أحمد إن تبين أن فيه إضراراً بصاحبه التاجر الآخر.

وهكذا يتبين لنا أن سد الذرائع لا ينظر فيه فقط إلى النيات والمقاصد الشخصية كما رأينا، بل يقصد فيه مع ذلك إلى النفع العام، أو إلى دفع الفساد العام، فهو ينظر إلى القصد مع النتيجة أو إلى النتيجة وحدها.

وقد افترض الشاطبي صورة يقصد فيها العامل إلى نفع نفسه، وإلى ضرر غيره معاً، وليس في القضية نفع عام ولا فساد عام، فقال:

«لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار، لثبوت الدليل على ألا ضرر ولا ضرار في الإسلام، لكن يبقى النظر في هذا العمل الذي اجتمع فيه قصد نفع وقصد إضرار غيره، أيمنع منه، فيصير غير مأذون فيه، أم يبقى على حكمه الأصلي، من الإذن، ويكون عليه إثم ما قصد؟.

هذا مما يتصور فيه الخلاف في الجملة، ومع ذلك فيحتمل في الاجتهاد تفصيلاً: وهو أنه إما أن يكون إذا رفع ذلك العمل، وانتقل إلى وجه آخر في استجلاب تلك المصلحة، أو درء تلك المفسدة، حصل له ما أراد أو لا.

فإن كان ذلك، فلا إشكال في منعه منه، لأنه لم يقصد ذلك الوجه، إلا لأجل الإضرار، فلينقل عنه ولا ضرر عليه، كما يمنع من ذلك العقل إذا لم يقصد إلا الإضرار. وإن لم يكن له محيص عن تلك الجهة التي يستضربها غيره، فحق الجالب أو الدافع مقدم، وهو ممنوع من قصد الإضرار»(٢٢).

الحكم الدنيوي في الذرائع وأوجه الاتفاق والاختلاف مع نظرية الباعث:

عرفنا مما سبق أن أصل الذرائع من حيث الحكم الدنيوي لا تعتبر فيه النية، على أنها الأمر الجوهري في المنع أو الإباحة، إنما النظر الجوهري إلى النتائج والثمرات، فإن كانت نتيجة العمل مصلحة عامة، كان واجباً بوجوبها، وإن كان يؤدي إلى فساد، فهو ممنوع بمنعه، لأن الفساد ممنوع، فما يؤدي إليه ممنوع، والمصلحة مطلوبة، فما يؤدي إليها مطلوب. وإن المقصود بالمصلحة العامة: النفع العام، وبالفساد: ما ينزل من الأذى بعدد كبير من الناس.

وحينئذ تلتقي الذرائع مع نظرية الباعث في التأثيم والحكم الأخروي دائماً، وقد تلتقي معها في الحكمين الدنيوي والأخروي، فيأثم العاقد ويبطل التصرف، كبيع العنب لعاصر الخمر، والبيوع الربوية، ولكن تنفرد الذرائع عن نظرية الباعث في الحكم الدنيوي البحت.

فإذا كان ما هو مباح للشخص من المنافع الخاصة يؤدي الاستمساك به إلى ضرر عام، أو يمنع مصلحة عامة، كان منع الاستمساك مطلوباً، سداً للذرائع، وإيثاراً للمنفعة

العامة على الخاصة[٢٣]، مثل تلقي الركبان أو تلقي السلع قبل نزولها الأسواق[٢٤]. إنه ممنوع، لأنه، وإن كان في أصله جائزاً، لأنه بيع وشراء، ولكن إن أجيز، كان الناس في ضيق، ولم تستقم حرية التعامل، فيكون في بقاء الإذن ضرر عام، فيمنع الشراء لسد الذرائع، ويكون المنع عاماً، ولو كان لبعض المتلقين نية حسنة محتسبة، وفوق ذلك، فإن هناك غبناً محتملاً على البائع، فأثبت الإمام أحمد الخيار له مطلقاً، وكذلك الإمامان: مالك والشافعي أيضاً، سواء غبن البائع بالفعل أم لا[٢٥].

ومثل احتكار الطعام، وما يحتاج إليه الناس، إنه حرام، لقول النبي ﷺ: «لا يحتكر إلا خاطىء[٢٦]». ولولي الأمر أن يمنع الاحتكار منعاً من إضرار الناس، وله إجبار المحتكرين على البيع بمثل الثمن أو بقيمة المثل عند ضرورة الناس إليه. وتدخل ولي الأمر في هذا يعتبر سداً لذريعة الفساد والأذى الذي ينزل بالناس.

وجملة القول: إن البيوع الربوية أو بيوع العينة، وبيع العنب لعاصره خمراً، وبيع السلاح في الفتنة، وزواج المحلل ونحوها يأثم عاقدها بالاتفاق، ويبطل عقدها عند المالكية والحنابلة والشيعة، على أساس كل من نظرية الباعث في العقد، وأصل الذرائع أو مبدأ الذرائع إذا دلت القرائن والأمارات على أن العاقد يقصد بعقده التوصل إلى الحرام. والقرينة الواضحة أو القاطعة تأخذ حكم العلم، فيبطل العقد، وهو الأصح والأولى، وخصوصاً تصرفات الناس اليوم الذين غلبت عليهم المادة، وضعف لديهم الوزاع الديني، أو الورع والاحتياط، فهم لا يقصدون غالباً من تصرفهم إلا التحايل على شرع الله ودينه، وأي فرق بين التوسل إلى الحرام بطريق الاحتيال والمكر والخداع، والتوسل إليه بطريق المجاهرة التي يوافق فيها السر الإعلان، والظاهر الباطن، والقصد اللفظ، بل سالك هذه الطريقة قد يكون عاقبته أسلم وخطره أقل من سالك تلك من وجوه كثيرة، كما أن سالك طريق الخداع والمكر عند الناس أمقت، وفي قلوبهم أوضع، وهم عنه أشد نفرة ممن أتى على وجهه، ودخله من بابه، كما قال ابن القيم[٢٧].

وخلاصة البحث ما يأتي:

١ ـ ليس الخلاف في نظرية الباعث فيما إذا دل العقد على قصد الحرام، كظهور قصد الربا في البيع، وظهور قصد تحليل المرأة المطلقة ثلاثاً لزوجها، وليس هو أيضاً في حال تعمد الوقوع في الحرام، كتعمد بيع العنب لمن يعصره خمراً، وإنما الخلاف حيث لم يظهر القصد إلى الممنوع، ولم يتعمد العاقد ارتكاب الحرام، وكان الاتفاق ضمنياً أو خفياً بعيداً عن العقد، ولم يجزم العاقد أنه يقصد الانغماس في المعصية، وظن أنه يفعل مباحاً، اعتماداً على ظاهر العقد.

٢ ـ الأخذ بنظرية الباعث يتفق مع مقتضيات أبسط العقول، وخصوصاً في عصرنا الحاضر، فلا يعقل ولا يتقبل منطق إنساني أن يحرم الشرع أو أي قانون شيئاً، ثم

يسمح أو يأذن بتحايل الناس على تجاوزه بحيل باطلة، وعقود لا يقصد منها إلا التلاعب بها، واتخاذها جسراً للحرام، بل إن الخداع في حد ذاته حرام، والله لا تخفى عليه خافية في الأرض ولا في السماء.

٣ ـ كذلك الأخذ بالذرائع سداً وفتحاً، بمعنى منع كل ما يؤدي إلى المفسدة، وإباحة كل ما يؤدي إلى المصلحة، هو الشيء المحتم والراجح شرعاً، لاتفاقه مع مقاصد التشريع العامة.

٤ ـ إن الإمامين أبا حنيفة والشافعي اللذين لا يأخذان بنظرية الباعث ولا بمبدأ الذرائع، ويصححان في الظاهر بيوع الآجال وغيرها مما ذكر، يقولان بحرمة هذه البيوع وبتأثيم عاقدها. ويزيد أبو حنيفة على ذلك القول بفسادها بسبب آخر وهو ابتناؤها على عقد لم يتم، وكونها مشتملة على بيع الشيء قبل القبض.

٥ ـ تختلف الذرائع عن نظرية الباعث في أنه ينظر فيها إلى جانبين: الباعث والمآل، فيبطل العقد أحياناً بسبب سوء القصد، ولكن الأصل في الذرائع هو أن ينظر إلى مآلات الأفعال. وأما نظرية الباعث فينظر فيها إلى النية والقصد غير المشروع فقط.

وأخيراً أستطيع القول بأن المقارنة بين نظريتي الباعث والذرائع جديدة في هذا البحث، إذ لم أطلع في حدود علمي ورجوعي إلى مختلف المصادر الفقهية والأصولية، القديمة والحديثة، على هذا النحو ولا على من أسهم بشيء في هذا المضمار، وقد أوضحت تماماً أوجه الاتفاق والاختلاف بين النظريتين.

الهوامش

(١) راجع مذهب الحنفية في مختصر الطحاوي : ص ٢٨٠، تكملة فتح القدير : ١٢٧/٨، البدائع : ١٨٩/٤، تبيين الحقائق : ١٢٥/٥.

وراجع مذهب الشافعية في الأم للشافعي : ٨٥/٣، المهذب للشيرازي : ١٢٧/١، مغني المحتاج شرح المنهاج : ٣٧/٢ وما بعدها، الباجوري على ابن القاسم : ٣٥٣/١.

(٢) راجع مذهب المالكية في بداية المجتهد لابن رشد : ١٤٠/٢، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي : ٩١/٣، مواهب الجليل للحطاب : ٤٠٤/٤، ٢٦٣، القوانين الفقهية : ص ٢٥٨، ٢٧١ وما بعدها، الموافقات للشاطبي : ٢٦١/٢، الفروق للقرافي : ٢٦٦/٣ وما بعدها.

وراجع مذهب الحنابلة في المغني لابن قدامة : ١٧٤/٤ وما بعدها، و٢٢٢/٤، أعلام الموقعين : ١٠٦/٣، ١٠٨، ١٢١ وما بعدها، ١٣١، ١٤٨، غاية المنتهى : ١٨/٢.

وانظر مذهب الظاهرية في المحلّى : ٣٦/٩، ومذهب الشيعة الجعفرية في المختصر النافع في فقه الإمامية : ص ١٤٠، ومذهب الشيعة الزيدية في المنتزع المختار : ١٩/٣ وما بعدها.

وانظر المذاهب في كتابي «الفقه الإسلامي وأدلته» ١٨٥/٤ وما بعدها، ٤٦٧ وما بعدها، ٤٧٦ وما بعدها.

(٣) القواعد لابن رجب الحنبلي : ص ٣٢٢.

(٤) نيل الأوطار : ١٥٤/٥.

(٥) مواهب الجليل للحطاب : ٢٦٣/٤ وما بعدها.

(٦) القوانين الفقهية لابن جزي : ٢٥٨، ٢٧١، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي : ٧٧/٣، ٧٨، ٨٨، الشرح الصغير وحاشية الصاوي : ١١٨/٣ ـ ١٣٢.

(٧) الأشباه والنظائر لابن نجيم : ص ١١٠ وما بعدها، حاشية الحموي على الكتاب السابق : ١٢/٢ وما بعدها، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ٤٠، ١٤٨ - ١٤٩، ط التجارية، مغني المحتاج : ٣٧/٢ ـ ٣٨، الملكية ونظرية العقد للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة : ص ٢١٥ وما بعدها، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي للباحث :

ص ٤٣١ وما بعدها، ٤٤٨ وما بعدها، ط ثالثة.

(٨) أعلام الموقعين: ١١٧/٣ ـ ١١٩ وما بعدها، و٤٠٠/٤ وما بعدها.

(٩) الأم: ٣٣/٣، ٧٠/٧.

(١٠) كتاب ابن حنبل للمرحوم الأستاذ محمد أبو زهرة: ص ٣٢٧، وكتاب «مالك» له أيضاً.

(١١) الموافقات للشاطبي: ٣٠٤/٣ وما بعدها.

(١٢) أخرجه أحمد والبيهقي وابن حبان بإسناد حسن بلفظ: «إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه».

(١٣) أخرجه أصحاب السنن إلا ابن ماجه عن عبد الله بن عمرو.

(١٤) مغني المحتاج: ٣٧/٢ ـ ٣٨.

(١٥) رواه أبو داود عن ابن عمر رضي الله عنهما، وفي إسناده مقال، ولأحمد من رواية عطاء، ورجاله ثقات، وصححه ابن القطان (سبل السلام: ٤١/٣).

(١٦) أخرجه عبد الرزاق في مصنفة عن عائشة (تخريج أحاديث تحفة الفقهاء للباحث مع الأستاذ محمد المنتصر الكتاني: ٧١/٢٠).

(١٧) الفروق للقرافي: ٢٦٧/٣.

(١٨) إرشاد الفحول للشوكاني: ص ٢١٧.

(١٩) المرجع والمكان السابق.

(٢٠) الفروق: ٢٦٨/٣.

(٢١) متفق عليه بين البخاري ومسلم عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة رضي الله عنهما. والجنيب: الصلب او الطيب أو الذي أخرج منه حشفه ورديئه. وتمر الجمع: هو التمر الرديء المجموع من أنواع مختلفة (سبل السلام: ٣٨/٣).

(٢٢) الموافقات: ٣٤٩/٢، ط التجارية.

(٢٣) المراجع السابقة: ٣٤٨/٢.

(٢٤) روى الحديث أحمد والبخاري ومسلم عن ابن مسعود، ورووه أيضاً مع أصحاب السنن عن أبي هريرة إلا البخاري (نيل الأوطار: ١٦٦/٥).

(٢٥) ابن حنبل، المرجع السابق: ص ٣١٧ ـ ٣١٨.

(٢٦) رواه أحمد ومسلم وأبو داود عن معمر بن عبد الله العدوي (نيل الأوطار: ٢٢٠/٥).

(٢٧) أعلام الموقعين: ١٢٠/٢ وما بعدها.



بحث في
تطبيق الشريعة الإسلامية
سبيل الأمن والعدل والسلام

للأستاذ الدكتور محمود محمد الطنطاوي

رئيس قسم الشريعة الإسلامية، بكلية الحقوق بجامعة عين شمس وكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة سابقاً.

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسول السلام، محمد بن عبد الله، خير من دعا إلى الله وعمل صالحاً وقال إنني من المسلمين، وعلى آله وصحبه ومن سار على هديه إلى يوم الدين. «أما بعد».

فهذا البحث في موضوع تطبيق الشريعة الإسلامية في العصر الحاضر، وهو بحث متواضع أردت به المساهمة في وضع لبنة من لبنات الإصلاح لأمتنا العربية والإسلامية، حتى يعود للإسلام مجده، وللمسلمين عزتهم، وحتى يسمع العالم كله ويرى ويحس من جديد مدى الإصلاح الكبير الذي يقدمه الدين الإسلامي لشعب الأرض قاطبة، وليس ذلك ببعيد ولا بغريب، فقد حقق الأسلاف من قبل مجداً وعزاً، وإصلاحاً وفلاحاً، وتقدماً وازدهاراً، والإسلام هو الإسلام، وشريعة الله التي ختم بها الشرائع السماوية كلها هي هي لم تتغير ولم تتبدل، وإنما تغير المسلمون، ولا مفر من الرجوع إلى شريعة الله، لتعيد الأمن والأمان للناس، وتنشر المحبة والإخاء بين الأفراد والجماعات، وما نراه اليوم من غش في التعامل، ورشوة في قضاء مصالح الناس، وإهمال في العمل، وشيوع للجرائم والمنكرات فمصدره الحقيقي إنما هو عدم تطبيق شريعة الله، وعدم إقامة الحدود التي حدها الله تعالى، وجعلها سبيل الأمن والأمان للناس.

وصدق رسول الله - ﷺ - في وصف العلاج الناجع لأمة الإسلام حينما قال لأصحابه القول الفصل: «تركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما: كتاب الله وسنتي».

ولا خلاف بين أحد من علماء المسلمين في كل العصور على أن القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة هما المصدران الأساسيان للتشريع الإسلامي، وقد ربط الرسول - عليه السلام - بين الهداية وبينهما عند التمسك بهما، ورتب الضلال وعدم الهدى إلى رؤية الطريق الصحيح في البعد عنهما، وعدم التمسك بهما، فما بالنا نبتعد عن الكتاب والسنة شيئاً فشيئاً؟ وما بال البعض ينحرف ويتنكر لهذا الدين، ويتلمس الإصلاح في القوانين التي وضعها الإنسان المخلوق لا الخالق؟ وما بال خط الجرائم يرتفع دائماً في صعود؟ وما بال المسلمين يتأخرون وغير المسلمين يتقدمون؟؟.

لقد آن الأوان للمراجعة الواعية الفاحصة المدققة، ومهما بحثنا عن وسائل الإصلاح السريع الشامل لأمة الإسلام فلن نجد أمامنا إلا شريعة الله الخاتمة الخالدة، فهي السبيل الصحيح لتصحيح مسار المسلمين في عصرنا الحاضر، وصدق الله تعالى إذ يقول مخاطباً نبيه الكريم : «ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء، وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين».

والله تعالى أسأل أن يوفق ولاة أمور المسلمين على وضع الأمور في نصابها، وتحقيق هذا الهدف المنشود لكل مسلم غيور على دينه ووطنه.

«وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون، وستردون إلى عالم الغيب والشهادة فينبؤكم بما كنتم تعملون».

المؤلــف

الفصل الأول

في التعريف بالشريعة

١ ـ تعريف الشريعة :

إذا أردنا أن نقف على تعريف الشريعة، فلابد لنا من البحث عن مدلول هذه الكلمة.

أولاً : في لغة العرب التي نزل بها القرآن الكريم، وتكلم بها رسول الله محمد بن عبد الله صلوات الله وسلامه عليه.

ثانياً : في اصطلاح علماء الإسلام حتى يحصل الربط بين اللغة وبين الشريعة ويتم فهم معنى الشريعة فهماً تاماً ودقيقاً.

وهي في اللغة : تطلق على عدة معان منها :

١ ـ مورد الماء الجاري الذي يقصد للشرب، وقد قال أجدادنا العرب : شرعت الإبل، إذا وردت شريعة الماء[١].

٢ ـ الطريقة المستقيمة، وقد ورد هذا المعنى في قوله تعالى : ﴿ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها، ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون﴾[٢].

وفي اصطلاح الفقهاء : هي الأحكام التي سنها الله لعباده على لسان رسول من رسله ـ عليهم الصلاة والسلام ـ ليؤمنوا بها، ويطبقوها في عباداتهم ومعاملاتهم، حتى يسعدوا في دنياهم وآخراهم.

وقد سميت هذه الأحكام شريعة؛ لأنها تشتمل على المعنيين المذكورين في اللغة فهي شبيهة بمورد الماء الجاري، لأنها سبيل إلى حياة النفوس، وغذاء القلوب والعقول والإرواح، كما أن مورد الماء سبيل إلى حياة الأجسام.

وهي شبيهة بالطريقة المستقيمة؛ لأنها مستقيمة محكمة الوضع، لا ينحرف نظامها، ولا تلتوي عن مقصدها، كالجادة المستقيمة لا التواء فيها ولا اعوجاج[٣].

ومن هذا المعنى اشتق كلمة : شرع ـ بفتح الراء ـ بمعنى أنشأ الشريعة وسن قواعدها، وقد ورد هذا المعنى في قوله تعالى في القرآن الكريم : ﴿شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً، والذي أوحينا إليك، وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه﴾[٤].

وشرع ـ بتشديد الراء ـ بناء على هذا بمعنى : سن الشريعة، وبيان الأحكام، وإنشاء القوانين.

ونحن إذا أضفنا إلى الشريعة أو التشريع وصف الإسلام كان المراد من ذلك : الأحكام التي سنها الله لعباده على لسان رسوله محمد صلى الله عليه وسلم.

والإسلام مأخوذ من أسلم، ومن معانيه التسليم والانقياد، وتطلق الآن على الدين الإسلامي الحنيف الذي جاء به محمد عليه الصلاة والسلام.

٢ ـ القرآن والسنة :

الشريعة الإسلامية هي أحكام الله التي تضمنها كتابه الكريم، الذي قال الله تعالى فيه في أول سورة البقرة : ﴿ألم. ذلك الكتاب لا ريب فيه، هدى للمتقين. الذين يؤمنون بالغيب، ويقيمون الصلاة، ومما رزقناهم ينفقون. والذين يؤمنون بما أنزل إليك وما أنزل من قبلك، وبالآخرة هم يوقنون. أولئك على هدى من ربهم وأولئك هم المفلحون﴾[٥].

وتضمنتها سنة رسول الله ﷺ، التي جعلها الله تعالى في المرتبة الثانية بعد القرآن الكريم، لأنها جاءت لبيان القرآن، والله تعالى يقول في هذا : ﴿وانزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم﴾[٦].

ولولا بيان الرسول ـ ﷺ ـ لقوله تعالى : ﴿وأقيموا الصلاة﴾ ما عرفنا عددها ومواقيتها وكيفية أدائها، وأركانها وشروطها، والأمر كذلك بالنسبة لقوله تعالى : ﴿وآتوا الزكاة﴾[٧]، وقوله تعالى : ﴿خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها »[٨]، وقوله تعالى : ﴿وآتوا حقه يوم حصاده﴾[٩]، وغير ذلك من الآيات المتعلقة بالأحكام، والتي تحتاج إلى التخصيص، أو التقييد، أو التفصيل، أو البيان.

والمسلمون في كل عصر من العصور، منذ أرسل الله رسوله محمداً ـ عليه الصلاة والسلام ـ إلى أن تقوم الساعة ـ إن شاء الله ـ مأمورون بالعمل بالقرآن والسنة، ولا يصح بحال من الأحوال أن يعلو صوت في أي مكان من بلاد الإسلام ويطالب بالاقتصار على القرآن وحده دون السنة، وقد قال الله تعالى آمراً ومحذراً المسلمين في مشارق الأرض ومغاربها : ﴿وأطيعوا الله وأطيعوا الرسول واحذروا فإن توليتم فاعلموا إنما على رسولنا البلاغ المبين﴾[١٠].

وبين لهم أن طاعة الرسول طاعة لله تعالى الذي أرسل رسوله في قوله تعالى : ﴿من يطع الرسول فقد أطاع الله، ومن تولى فما أرسلناك عليهم حفيظاً﴾[١١].

وأمرهم بوجوب العمل بالسنة في قوله تعالى : «وما آتاكم الرسول فخذوه، وما نهاكم عنه فانتهوا، واتقوا الله إن الله شديد العقاب﴾[١٢].

٣ ـ أقسام الشريعة الإسلامية :

إذا نظرنا إلى الأحكام التي سنها الله لأمة الإسلام في شريعتهم الخالدة الخاتمة لما

سبقها من الشرائع السماوية، فإننا نجد هذه الأحكام تتنوع إلى ثلاثة أنواع :

النوع الأول : الأحكام العقائدية :

وهي الأحكام التي تتعلق بذات الله تعالى وصفاته، ما يجب له تعالى، وما يجوز له، وما يستحيل عليه، والتي تتعلق بالأنبياء والمرسلين وكتبهم وما يجب عليهم وما يجوز لهم، وما يستحيل عليهم، والتي تتعلق بالملائكة واليوم الآخر وما فيه من بعث وحشر وحساب وميزان وجنة ونار.

وهذه هي الأحكام التي يجب الإيمان بها، والمراد بالإيمان : التصديق القلبي الذي لا ريب فيه، ولا يكون الإنسان مؤمناً إلا إذا كان معتقداً ومصدقاً بكل هذه الأمور.

النوع الثاني : الأحكام التهذيبية :

وهي الأحكام التي تتعلق ببيان الفضائل التي يجب على الإنسان أن يتحلى بها في حياته، ويجعلها سلوكاً يسير عليه في تعامله مع الله ومع نفسه، ومع الناس، والتي تتعلق ببيان الرذائل والمفاسد التي يجب على الإنسان أن يتجنبها ويبتعد عنها، حتى يكون مثلاً أعلى للإنسان الفاضل.

النوع الثالث : الأحكام العملية :

وهي الأحكام التي تتعلق بأفعال العباد الحسية، وذلك كالعبادات من صلاة وزكاة وصوم وحج وجهاد في سبيل الله، والمعاملات التي يتعامل بها الناس كالبيع والشراء والإجارة والقرض والشركة والزواج والطلاق وغير ذلك من المعاملات التي يحتاج الناس إليها في حياتهم.

٤ ـ تعدد الشرائع السماوية :

التشريع أمر ضروري للإنسان لا غنى عنه بحال من الأحوال، فهو السبيل للمحافظة على رعاية مصالح الفرد، ومصالح الأسرة، ومصالح المجتمع، ولولا التشريع ما تحقق الأمن والسلام بين الناس، ولولاه لكانت البشرية أشبه بحيوانات الغابة التي يفترس فيها القوي الضعيف.

ومن فضل الله على عباده، ورحمته بهم، وتحقيقا لمصالحهم، شرع لهم ما ينظم العلاقات بينهم، ويحد من النزعات الفردية الجامحة، وبذلك يسير المجتمع الإنساني في الطريق السوي، فتنتشر الألفة والمحبة بين الناس، ويعيش الإنسان لنفسه ولغيره، ويتحقق الأمن والعدل والمساواة بين أفراد المجتمع ويسود السلام بين الشعوب.

وعلى مر التاريخ الطويل، أرسل الله الرسل الكرام، ليخرج الناس من الظلمات إلى

النور، وصدق الله إذ يقول: ﴿الله ولي الذين آمنوا يخرجهم من الظلمات إلى النور، والذين كفروا أولياؤهم الطاغوت يخرجونهم من النور إلى الظلمات، أولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾[١٣].

ولا شك أن أول ظلمة وأشدها على الإنسان في هذه الحياة الدنيا، إنما هي ظلمة الإشراك بالله تعالى، فهي الفساد الأكبر الذي لا يضاهيه فساد آخر، ولذلك حذر الله عباده من الشرك بقوله: ﴿إن الله لا يغفر أن يشرك به، ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء، ومن يشرك بالله فقد افترى إثماً عظيماً﴾. وقال في ختام هذه الآية بعد هذا: ﴿ومن يشرك بالله فقد ضل ضلالاً بعيداً﴾[١٤]. وقال أيضاً مبيناً سوء عاقبة الإشراك: ﴿إنه من يشرك بالله فقد حرم الله عليه الجنة، ومأواه النار وما للظالمين من أنصار﴾[١٥].

وجوهر الرسالات السماوية كلها، هو الدعوة إلى التوحيد وعبادة الله تعالى ويدلنا على ذلك قول الله تعالى: ﴿وما أرسلنا من قبلك من رسول إلا نوحي إليه أنه لا إله إلا أنا فاعبدون﴾[١٦]. وقوله تعالى: ﴿وما خلقت الإنس والجن إلا ليعبدون﴾[١٧].

وقد شرع الله لكل أمة ما يناسبها من الأحكام، التي تسعدها في الدنيا والآخرة، ومهما تعددت الشرائع السماوية، فهي كلها تدعو إلى عبادة الله الواحد، وهي كلها تدعو إلى حسن الخلق، والعمل على ما يسعد الناس في معاشهم ومعادهم، وصدق الله إذ يقول: ﴿لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا﴾[١٨]، ويقول: ﴿شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً والذي أوحينا إليك، وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه﴾[١٩].

وقد اتفقت الشرائع السماوية كلها في الأصول، ولا خلاف بينها في الأمور الآتية:

١ ـ **المحافظة على الدين**: وهي الدعوة إلى عبادة الله الواحد وتحريم الإشراك:

٢ ـ **المحافظة على النفس: ولأجل ذلك حرم الله الاعتداء على النفس.**

٣ ـ **المحافظة على العرض**: ومن هنا حرم الله الاعتداء على الأعراض.

٤ ـ **المحافظة على المال**: ولذلك حرم الله الاعتداء على المال بأي نوع من أنواع الاعتداء.

٥ ـ **المحافظة على العقل**: ولأجل ذلك حرم الله شرب الخمر في كل الأديان السماوية على الإطلاق.

أما الفروع فقد اختلفت الشرائع فيها، بل اختلفت وجهة نظر الفقهاء في هذه الفروع في الشريعة الواحدة، والاختلاف في الفروع أمر جائز؛ لأن مرد هذا الاختلاف إلى كونها من الأمور الاجتهادية، والاجتهاد: هو بذل أقصى الجهد واستفراغ الوسع في استنباط الحكم الشرعي من الدليل.

وما دام الأمر كذلك فالخلاف في الفروع جائز وواقع في الشريعة الواحدة، وقد بين لنا رسولنا الكريم محمد بن عبد الله أنه لا خطر في هذا الاجتهاد، ولا حرج على وقوع

الخلاف في الفروع بقوله لأصحابه : ﴿إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد فأخطأ فله أجر واحد﴾[٢٠]، وقد أذن رسول الله - ﷺ - لعمرو بن العاص بالاجتهاد في حضرته ولما قال : اجتهد وأنت حاضر ؟ أجابه رسول الله ﷺ بقوله : نعم : إن أصبت فلك أجران ، وإن أخطأت فلك أجر[٢١].

٥ ـ الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع :

بعد أن وصلت البشرية إلى مرحلة النضج العقلي ، والرشد الإنساني وتهيأت واستعدت للتشريع السماوي الخالد ، أرسل الله رسوله محمداً ﷺ بهذه الشريعة الكاملة الخالدة ، ليخرج الناس من الظلمات إلى النور ، وجعل شريعته خاتمة الشرائع السماوية كلها ، ويدلنا على ذلك قوله تعالى في القرآن الكريم ، دستور الشريعة الإسلامية في كل زمان ومكان : ﴿ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ، ولكن رسول الله وخاتم النبيين ، وكان الله بكل شيء عليما﴾[٢٢].

وجعلها عامة للناس جميعاً بقوله تعالى : ﴿وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً ولكن أكثر الناس لا يعلمون﴾[٢٣].

وجعل رسوله محمداً - ﷺ - رحمة للعالمين بقوله تعالى : ﴿وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين﴾[٢٤].

وجعله شاهداً ومبشراً ونذيراً ، وخير من دعا إلى الله بإذنه وسراجاً منيراً يستضاء به في أمور الدين والدنيا بقوله تعالى : ﴿يا أيها النبي إنا أرسلناك شاهداً ومبشراً ونذيراً ، وداعياً إلى الله بإذنه وسراجاً منيراً﴾[٢٥].

وجعل القرآن الكريم بياناً لكل شيء يحتاج إليه الناس من أمر الشريعة ، وهدي من الضلالة ، ورحمة وبشرى بالجنة للمسلمين الموحدين ، وقال تعالى فيه : ﴿ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء ، وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين﴾[٢٦].

ومن هذه النصوص كلها نستطيع أن نقول : إن الشريعة الإسلامية هي الشريعة الخاتمة التي كمل بها البناء ، وهي الشريعة الخالدة التي ارتضاها الله لعباده ، ولا يقبل منهم غيرها ، فيها سعادتهم في دنياهم وأخراهم ، وصدق الله العظيم إذ يقول : ﴿هو الذي أرسل رسوله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله وكفى بالله شهيداً﴾[٢٧].

الفصل الثاني
في الدعوة إلى الشريعة

٦ ـ الدعوة إلى شريعة الله واجبة :

لقد أمر الله رسوله ـ ﷺ ـ بالدعوة إلى شريعة الله، ونبذ ما عداها، وقال الله تعالى في ذلك خطاباً لرسوله الكريم : ﴿قل هذه سبيلي أدعو إلى الله على بصيرة أنا ومن اتبعني، وسبحان الله وما أنا من المشركين﴾[٢٨].

ومعنى الآية الكريمة أن الإسلام هو الطريق المستقيم الواضح الذي لا عوج فيه، وهو دين الله الذي أمر رسوله محمداً ﷺ بالدعوة إليه على بصيرة أي على حجة واضحة وأمر أتباعه كذلك، ومن جملة السبيل الذي يدعو إليه رسول الله ـ ﷺ ـ تنزيه الله تعالى عن الشركاء.

ولا شك أن هذا الأمر بالدعوة إلى دين الإسلام قائم أبد الدهر، وعلى أتباع محمد عليه الصلاة والسلام أن ينفذوا هذا الأمر، في كل عصر من العصور.

وهذا رسول الله يبين الطريق لأصحابه الذين كرمهم الله بصحبة النبي الأمي، فيقول لمعاذ بن جبل حينما أرسله إلى اليمن : ﴿إنك تأتي قوماً من أهل الكتاب، فليكن أول ما تدعوهم إليه : شهادة أن لا إله إلا الله، فإن أطاعوك لذلك فأعلمهم أن الله افترض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة، فإن هم أطاعوك لذلك، فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم، فإن هم أطاعوك لذلك، فإياك وكرائم أموالهم، واتق دعوة المظلوم، فإنه ليس بينها وبين الله حجاب﴾[٢٩].

وقال رسول الله ﷺ لعلي بن أبي طالب رضي الله عنه وكرم الله وجهه حينما أعطاه الراية لفتح خيبر : «انفذ على رسلك حتى تنزل بساحتهم ثم ادعهم إلى الإسلام، وأخبرهم بما يجب عليهم من حق الله تعالى فيه، فوالله لأن يهدي الله بك رجلاً واحداً خير لك من حمر النعم»[٣٠].

وهذا الحديث يدلنا دلالة واضحة على وجوب الدعوة إلى الإسلام قبل قتال أعداء الإسلام وقد أخبر عبد الله بن عمر ـ رضي الله عنهما ـ بذلك فقال : «ما قاتل رسول الله ـ ﷺ ـ قوماً قط إلا دعاهم».

ولهذا قال جمهور الفقهاء : يجب الدعوة إلى الإسلام لمن لم تبلغه الدعوة، وذلك قبل

قتاله، أما من بلغته الدعوة فتستحب دعوته قبل قتاله، وذلك لقوله تعالى: ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾[٣١].

وقوله تعالى: ﴿ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن﴾[٣٢].

وبذلك تنقطع شبهة العذر لغير المؤمنين، ولا يصح ولا يقبل منهم أن يقولوا: ﴿ربنا لولا أرسلت إلينا رسولاً فنتبع آياتك من قبل أن نذل ونخزى﴾[٣٣].

والدعوة إلى الإسلام كما يقول الكاساني: دعوتان: دعوة بالبنان وهي القتال، ودعوة بالبيان وهو اللسان، وذلك بالتبليغ والثانية أهون من الأولى؛ لأن في القتال مخاطرة بالروح والنفس والمال، وليس في دعوة التبليغ شيء من ذلك، فإذا احتمل حصول المقصود بأهون الدعوتين لزم الافتتاح بها[٣٤].

وهذا هو العدل الذي جاء به الإسلام، وتلك هي الأخلاق السامية التي يحث عليها دين محمد عليه الصلاة والسلام.

٧ ـ الأمر باتباع الشريعة:

لقد أوجب الله سبحانه وتعالى على المسلمين الدعوة إلى الإسلام، وأوجب عليهم أيضاً اتباع شريعة الله، ونهاهم عن اتباع الأهواء، ولاشك أن المخالف لما بعث الله به رسوله من عبادته وحده، وطاعته وطاعة رسوله، لا يكون متبعاً للدين الذي شرعه الله، ويدلنا على هذا المعنى قول الله تعالى مخاطباً رسوله محمداً ﷺ: ﴿ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها، ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون. انهم لن يغنوا عنك من الله شيئاً، وإن الظالمين بعضهم أولياء بعض، والله ولي المتقين. هذا بصائر للناس وهدى ورحمة لقوم يوقنون﴾[٣٥].

وقد قال المفسرون: إن«هذا»أي القرآن جعله الله سبحانه وتعالى بصائر للناس أي معالم يتبصرون بها في الأحكام والحدود، وجعله كذلك هدى للناس من الضلال، ورحمة من الله سيقت لقوم يوقنون بالبعث والحياة الآخرة[٣٦].

فالواجب على حكام المسلمين في كل زمان ومكان، أن يتبعوا شريعة الله ويطبقوها على رعيتهم؛ لأن هذا واجبهم، وقد قال رسول الله ـ ﷺ ـ لكل حاكم مسلم «كلكم راع وكل راع مسؤول عن رعيته».

ولا شك أن من ترك تطبيق شريعة الله، يكون متبعاً لهواه بغير هدى من الله وهذا يؤدي إلى التحاكم إلى غير كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ، ويصدق على هذا الصنيع قول الله تعالى: ﴿أفحكم الجاهلية يبغون، ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون﴾[٣٧].

وحقاً وصدقاً ليس هناك على الإطلاق أحد أحسن من الله حكما، وتلك قضية مسلمة لا ريب فيها عند كل مؤمن يدين بالإسلام.

والقرآن الكريم يبين بجلاء ووضوح حكم الله في ترك العمل بشريعة الله، ويتضح ذلك في سورة المائدة التي فضح الله فيها اليهود، لإنكارهم ما عرفوه من أوصاف رسول الله محمد ﷺ، التي عرفها لهم الله في كتابهم، وإنكارهم أيضا عقوبة الرجم للزاني المحصن في شريعتهم، وقال الله لهم ولغيرهم من أصحاب الشرائع السماوية الأخرى: ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون﴾. وفي الآية الثانية بعد هذه الآية قال أيضاً: ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون﴾.

ولم يقتصر هذا الحكم على اليهود، وإنما بين الله في الآيات التالية نفس الحكم بالنسبة لغير اليهود، وذلك بقوله تعالى: ﴿وقضينا على آثارهم بعيسى ابن مريم مصدقاً لما بين يديه من التوراة، وآتيناه الإنجيل فيه هدى ونور ومصدقاً لما بين يديه من التوراة وهدى وموعظة للمتقين. وليحكم أهل الإنجيل بما أنزل الله فيه، ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون﴾.

وقوله تعالى خطاباً لرسوله محمد - ﷺ -: ﴿وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيمناً عليه، فاحكم بينهم بما أنزل الله، ولا تتبع أهوائهم عما جاءك من الحق، لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً...﴾.

وقد كرر الله تعالى الأمر لرسوله، وألزمه وحتم عليه الحكم بما أنزل الله، في الآية التالية بقوله تعالى: ﴿وأن أحكم بينهم بما أنزل الله، ولا تتبع أهواءهم، واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك...﴾.

وختم الله كلامه في هذا الأمر الخطير بقوله جل وعلا: ﴿أفحكم الجاهلية يبغون﴾؟ وهذا سؤال إنكاري من الله لهذا العمل الذي لا يليق بالمخلوق الذي خلقه الله وسواه ورباه، وأنعم عليه بالنعم الكثيرة التي لا تعد ولا تحصى.

﴿ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون﴾[٣٨].

٨ - لا إكراه في الدين:

يقول رسول الله ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله، ويقيموا الصلاة، ويؤتوا الزكاة، فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحق الإسلام، وحسابهم على الله تعالى» رواه البخاري ومسلم[٣٩].

وفي روايات أخرى لم يذكر فيها عبارة «ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة» وهذا يدل على أن رسول الله كان يقبل من نطق بالشهادتين من المشركين وغيرهم، ويعتبر ذلك إسلاماً منه، ويعصم بذلك دمه وماله وعرضه، فإذا دخل في الإسلام طولب - بعد ذلك - بفعل أركان الإسلام من صلاة وزكاة وصيام وحج، فإن أدى هذه الأركان وقام بشرائع الإسلام فله ما للمسلمين وعليه ما على المسلمين، وإن أخل بشيء من هذه الأركان، فقد أخل بحقها، ويجب على ولي أمر المسلمين أن يصحح هذا الوضع، وهذا

ما فعله أبو بكر الصديق ـ رضي الله عنه ـ مع المرتدين الذين امتنعوا عن دفع الزكاة بعد موت رسول الله ـ ﷺ ـ وقد وافقه صحابة الرسول على هذا الحكم، وقالوا بوجوب القتال لهؤلاء الممتنعين إن كانوا جماعة لهم قوة ومنعة، ولاشك أن الآيات القرآنية الكريمة تدل على هذا الحكم، ومن هذه الآيات قوله تعالى: ﴿فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم، إن الله غفور رحيم﴾[٤٠].

وقد نصت هذه الآية على قبول توبة المشركين إذا دخلوا في الإسلام، وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة.

ومثل هذه الآية قوله تعالى في نفس السورة في آية أخرى: ﴿فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فإخوانكم في الدين ونفصل الآيات لقوم يعلمون﴾[٤١].

ولا شك أن ظاهر قوله ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ...». يوهم أن الرسول عليه السلام ـ وأصحابه يكرهون الناس على الدخول في الإسلام وذلك خوفا من القتل، وهذه هي شبهة المستشرقين الذين يقولون: إن الإسلام انتشر بالسيف ولكن هذا الظاهر غير مراد بدليل قوله تعالى: ﴿لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي، فمن يكفر بالطاغوت ويؤمن بالله، فقد استمسك بالعروة الوثقى لا انفصام لها، والله سميع عليم﴾[٤٢].

فهذا نص كريم يدل بعمومه على عدم الإكراه في الدين، وهذا العموم يحتمل البقاء على عمومه، ويحتمل تخصيص هذا العموم، ويحتمل النسخ فما موقف علماء الإسلام من ذلك؟.

يقول أبو جعفر: اختلف أهل التأويل في معنى ذلك:

١ ـ فقال بعضهم: نزلت هذه الآية في قوم من الأنصار ـ أو في رجل منهم ـ كان لهم أولاد قد هودوهم، أو نصروهم، فلما جاء الله بالإسلام أرادوا إكراههم عليه، فنهاهم الله عن ذلك حتى يكونوا هم يختارون الدخول في الإسلام، وذكر من قال ذلك وعلى رأسهم ابن عباس.

ومن الآثار الكثيرة التي ذكرها هذا الأثر المروي عن عامر رضي الله عنه قال:

كانت المرأة من الأنصار تكون مقلاة (أي لا يعيش لها ولد) فتنذر: إن عاش ولدها أن تجعله من أهل الكتاب على دينهم، فجاء الإسلام وطوائف من أبناء الأنصار على دينهم، فقالوا: إنما جعلناهم على دينهم ونحن نرى أن دينهم افضل من ديننا، وإذ جاء الله بالإسلام فلنكرهنهم، فنزلت ﴿لا إكراه في الدين﴾ فكان فصل ما بين من اختار اليهودية والإسلام، فمن لحق بهم اختار اليهودية، ومن أقام اختار الإسلام[٤٣].

وعن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أنها نزلت في أولاد الأنصار الذين تهودوا قبل الإسلام وأراد أهلوهم من الأنصار استردادهم حين أجليت بنو النضير في السنة الرابعة، فقال الرسول ـ ﷺ ـ أثر نزول الآية: ﴿قد خير أصحابكم، فإن اختاروكم فهم منكم، وإن اختاروهم فأجلوهم معهم﴾[٤٤].

٢ ـ وقال آخرون : بل معنى ذلك... لا يكره أهل الكتاب على الدين إذا بذلوا الجزية، ولكنهم يقرون على دينهم، وقالوا الآية في خاص من الكفار ولم ينسخ منها شيء.

وقد استدلوا بأحاديث أذكر منها هذا الأثر :

«عن الضحاك في قوله ﴿لا إكراه في الدين﴾ : أمر رسول الله ـ ﷺ ـ أن يقاتل جزيرة العرب من أهل الأوثان، فلن يقبل منهم إلا ﴿لا إله إلا الله﴾ أو السيف، ثم أمر فيمن سواهم بأن يقبل منهم الجزية... فقال : ﴿لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي﴾.

٣ ـ وقال آخرون : هذه الآية منسوخة، وإنما نزلت قبل أن يفرض القتال، وذكر من قال ذلك في هذا الأثر :

«عن الزهري قال : سألت زيد بن أسلم عن قول الله تعالى ذكره : ﴿لا إكراه في الدين...﴾ قال : كان رسول الله ـ ﷺ ـ بمكة عشر سنين لا يكره أحداً في الدين، فأبى المشركون إلا أن يقاتلوهم، فاستأذن الله تعالى في قتالهم فأذن له﴾[٤٥].

والمعنى العام للآية الكريمة : لم يجر الله أمر الإيمان على الإجبار والقسر، ولكن على التمكين والاختيار، ومثل ذلك قوله تعالى:﴿ولو شاء ربك لآمن من في الأرض كلهم جميعاً . أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين﴾[٤٦].

والمعنى : لو شاء الله لقسرهم على الإيمان، ولكنه لم يفعل وبني الأمر على الاختيار[٤٧]، ويقول الإمام النسفي أيضاً في هذا المعنى : لا إجبار على الدين الحق، وهو دين الإسلام، وقيل هو إخبار في معنى النهي[٤٨].

وفي صفوة البيان لمعاني القرآن : معنى (لا إكراه في الدين) على ما ذكره أبو مسلم والقفال : ليس في الدين ـ وهو عقد في القلب، وإذعان في النفس إكراه وإجبار من الله تعالى، بل مبناه على التمكين والاختيار، وهو مناط الثواب والعقاب، ولولا ذلك لما حصل الابتلاء والاختبار، ولبطل الامتحان، وهو كقوله تعالى : ﴿فمن شاء فليؤمن، ومن شاء فليكفر﴾[٤٩].

وقيل معناه : إن من حق العاقل ـ بعد ظهور الآيات البينات على أن الإيمان بالله وطاعته رشد، والكفر به ومعصيته غي ـ ألا يحتاج إلى الإكراه على التدين بالإسلام الحنيف، بل يختاره من غير تردد، والجملة على المعنيين خبرية.

وقيل هي خبر في معنى النهي، أي لا تكرهوا في الدين ولا تجبروا عليه أحداً، فإنه بين واضح الدلائل والبراهين، فمن هداه الله له، ونور بصيرته دخل فيه على بينة، ومن أضله الله، وأعمى قلبه لا يفيده الإكراه على الدخول فيه[٥٠].

وهذه الأقوال المذكورة تدلنا على أن كلام العلماء ينحصر في مذاهب ثلاثة :

الأول : قصر الآية على أولاد الأنصار الذين تهودوا أو تنصروا قبل مجيء الإسلام.

والثاني : خصصها بأهل الكتاب وكل من يجوز أخذ الجزية منه .

والثالث : جعل حكم هذه الآية منسوخاً بنزول آيات القتال .

وأولى هذه الأقوال وأرجحها هو القول الثاني ؛ لأن القول الأول جعل سبب النزول مخصصاً لعموم الآية الكريمة ، فهي في نظر هذا الفريق من العلماء مخصوصة بمن نزلت فيهم دون سواهم ، والأصح أن سبب النزول لا يخصص بل تصدق الآية على من نزلت فيهم ، وعلى من يكون مثلهم ، وعلى شاكلتهم ، والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب .

والقول الثالث : جعل حكم الآية منسوخاً ، والناسخ له هو الإذن من الله تعالى لنبيه ـ عليه الصلاة والسلام ـ وللمؤمنين بقتال غير المؤمنين .

ودعوى النسخ هنا غير مقبولة ولا داعي لها ؛ لأن الناسخ لا يكون ناسخاً إلا إذا نفى حكم المنسوخ ولا يجوز اجتماعهما ، فأما ما كان ظاهره العموم من الأمر والنهي ، وباطنه الخصوص فهو من الناسخ والمنسوخ بمعزل ، وإذا كان الأمر كذلك كان غير مستحيل أن يقال : لا إكراه لأحد ممن أخذت منه الجزية في الدين ، وليس في الآية دليل على أن تأويلها بخلاف ذلك ، وقد نقل عن النبي ـ ﷺ ـ أنه لم يقبل من مشركي العرب إلا الإسلام أو القتل ، وكذلك الأمر بالنسبة للمرتد عن دين الإسلام ، ولا يقبل منه إلا التوبة والرجوع إلى الإسلام وإلا فجزاؤه القتل ، ومع ذلك فقد أخذ الرسول ـ ﷺ ـ الجزية من أهل الكتاب وتركهم على دينهم ولم يكرههم على الدخول في الإسلام .

وهذا كله يدلنا على أن معنى قوله تعالى : ﴿لا إكراه في الدين﴾ أنه لا إكراه في الدين لأحد ممن حل قبول الجزية منه بأدائه الجزية ورضاه بحكم الإسلام .

﴿قد تبين الرشد من الغي﴾ أي قد وضح الحق من الباطل ، والهدى من الضلال (واستبيان لطالب الحق والرشاد وجه مطلبه فتميز من الضلالة والغواية ، فلا تكرهوا من أهل الكتابين ومن أبحت لكم أخذ الجزية منه ـ أحداً على دينكم ، دين الحق ، فإن من حاد عن الرشاد بعد استبانته له فإلى ربه أمره ، وهو ولي عقوبته في معاده)[٥١] .

ومن هذا يتضح لنا أن الجهاد في سبيل الله ، لإعلاء كلمة الله ، ونشر دين الإسلام وإن كان من الفرائض التي فرضها الله على عباده المؤمنين ليس للإكراه على الإسلام والعقيدة وإنما هو من أجل بقاء الكفار على جحود حق الله ، وعصيانهم أمره ، ومحادته بعد وضوح الحجج ، وظهور الدلائل والأعذار إليهم ، ولحملهم على العمل بشريعته والانقياد لأحكامه ، وحماية الدعوة والحق الذي جاءت به من عدوانهم ، وليكون الدين كله لله وحده[٥٢] .

وصدق الله إذ يقول : ﴿وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله﴾[٥٣] .

الفصل الثالث
في تطبيق الشريعة

٩ ـ المحافظة على الدين :

سبق لنا أن بينا أن الأصول العامة تشترك الأديان السماوية كلها في الأمر بالمحافظة عليها ، والنهي عن الاعتداء عليها أيضاً ، والإسلام الذي ختم الله به الرسالات السماوية له منهجه الواضح في كيفية المحافظة على هذه الأمور الكلية ، وأول هذه الأصول وأولاها بالتقديم والكلام هو المحافظة على الدين .

والمراد بالدين هنا : هو الدين الإسلامي الذي أرسل الله به محمداً ـ ﷺ ـ إلى الناس كافة ، وأساس هذا الدين كلمة التوحيد : لا إله إلا الله محمد رسول الله ، فلابد من التصديق بها أولاً حتى يترتب على ذلك صحة العبادة ، ومراقبة الله في المعاملة ، وقد بين لنا رسول الله ـ ﷺ ـ الإسلام والإيمان والإحسان في حديث شريف رواه عمر بن الخطاب رضي الله عنه ـ قال : بينما نحن (جلوس) عند رسول الله ﷺ ذات يوم إذ طلع علينا رجل شديد بياض الثياب ، شديد سواد الشعر ، لا يرى عليه أثر السفر ولا يعرفه منا أحد ، حتى جلس إلى النبي ـ ﷺ ـ فأسند ركبتيه إلى ركبتيه ، ووضع كفيه على فخذيه ، وقال : يا محمد أخبرني عن الإسلام؟ فقال رسول الله ـ ﷺ ـ : الإسلام : أن تشهد أن لا إله إلا الله ، وأن محمداً رسول الله ، وتقيم الصلاة ، وتؤتي الزكاة ، وتصوم رمضان ، وتحج البيت إن استطعت إليه سبيلاً ، قال : صدقت ، قال : فعجبنا له يسأل ويصدقه ، قال : فأخبرني عن الإيمان؟

قال : أن تؤمن بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر ، وتؤمن بالقدر خيره وشره ، قال : صدقت ، قال : فأخبرني عن الإحسان؟ .

قال : أن تعبد الله كأنك تراه ، فإن لم تكن تراه فإنه يراك ، قال : صدقت ، قال : فأخبرني عن الساعة؟ .

قال : ما المسؤول عنها بأعلم من السائل ، قال : فأخبرني عن أماراتها ؟ قال : أن تلد الأمة ربتها ، وأن ترى الحفاة العراة العالة رعاء الشاء يتطاولون في البنيان ، ثم انطلق فلبث ملياً ، ثم قال (لي) يا عمر أتدري من السائل؟ .

قلت: الله ورسوله أعلم، قال: هذا جبريل أتاكم يعلمكم دينكم» رواه مسلم[٥٤].

ومن هذا الحديث الشريف نستطيع أن نقول: إن الواجب على الإنسان أولاً هو الاعتقاد الجازم، والتصديق القلبي الذي لا يدخله ريب بتوحيد الله، رب الناس جميعاً، وهذا أمر طالبت به الأديان السماوية كلها، وأمرت بالمحافظة عليه، وأكد ذلك رسول الله - ﷺ - بقوله: «أفضل ما قلته أنا والنبيون من قبلي لا إله إلا الله» ومعنى هذا: أنه لا معبود بحق إلا الله، ولأجل هذا المعنى قال الله تعالى: ﴿ألر، كتاب أحكمت آياته ثم فصلت من لدن حكيم خبير. ألا تعبدوا إلا الله، أنني لكم منه نذير وبشير﴾[٥٥].

فقد أخبر الحكيم الخبير أنه أنزل كتابه - القرآن الكريم - وفيه الآيات المحكمة والمفصلة لأجل ألا يعبد الناس إلا الله تعالى، وهذا معنى لا إله إلا الله.

والأديان السماوية كلها تتفق في هذا المعنى، فلا عبودية إلا لله ولا توكل ولا اعتماد إلا على الله، وبقدر إقبال الناس على الله تكون السعادة في الحياة، وبقدر بعدهم عن الله، وعدم الامتثال لأوامره ونواهيه، وتطبيق شريعته يكون شقاؤهم في الدنيا وفي الآخرة.

ومن أجل إعلاء كلمة الله، واتباع الناس منهج الحق، شرع الله الجهاد في سبيل الله وقال مخاطباً المؤمنين: ﴿وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله﴾[٥٦].

والمراد من الدين هنا: هو ما بعث الله به محمداً - ﷺ - كما قال تعالى: ﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق فاعبد الله مخلصاً له الدين، ألا لله الدين الخالص...﴾[٥٧]. وقال تعالى أيضاً: ﴿وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين حنفاء ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة، وذلك دين القيمة﴾[٥٨].

وهذا الحكم بالنسبة لغير المسلمين الذين يدعون إلى الإسلام أما المسلم الذي نطق بالشهادتين وقال: لا إله إلا الله محمد رسول الله. فلا يصح ولا يقبل منه أن ينقضها بقول أو فعل أو اعتقاد[٥٩]، فذلك ردة، والردة في الإسلام عقوبتها القتل كما بين ذلك رسول الله - ﷺ - بقوله: «من بدل دينه فاقتلوه» رواه البخاري.

والمراد بالردة في لغة العرب: المرة من الرجوع عن الشيء، وفي الشريعة: هي قطع الإسلام بنية الكفر أو القول بما يكفر، أو الفعل المكفر.

ولا فرق في ذلك إذا كان على سبيل الاستهزاء أو العناد أو الاعتقاد، فمن نفى الصانع أو كذب رسولاً، أو حلل محرماً أو حرم حلالاً بالإجماع، أو نفى وجوب أمر مجمع عليه، أو اعتقد وجوب ماليس بواجب بالإجماع يكون مرتداً.

(والردة حدها القتل؛ لأنه الممكن في قطع آلتها؛ لأنها اعتقاد يخشى دوامه، وهي أفحش أنواع الكبائر بعد الشرك بالله تعالى، أو هي منه، وينبغي أن نقول أنها أفحش منه ويليها القتل ظلماً، ثم الزنا، ثم القذف، ثم السرقة، وهذه الكليات الخمس المشروعة حدودها لحفظ الدين، والنفس، والنسب، والعرض، والمال).

والردة تحبط ثواب الأعمال الصالحة التي عملها الإنسان قبل ردته مطلقاً، وكذا العمل إن اتصلت بالموت إجماعاً فيهما، فإذا لم تتصل بالموت فلا تحبط العمل، بمعنى أنه إذا تاب وعاد إلى الإسلام من جديد فلا يطالب بإعادة الأعمال التي أداها وقت إسلامه وقبل ردته، وذلك كالصلاة أو الصوم الذي أداه قبل الردة، وهذا عند الإمام الشافعي رضي الله عنه.

وأما عند الإمام أبي حنيفة فهو يقول: بوجوب إعادة الأعمال؛ لأن الردة - عنده - تحبط العمل أيضاً كما تحبط الثواب(٦٠).

ولابد من الاستتابة قبل القتل، والاستتابة تكون في الحال فإما أن يرجع ويعود للإسلام وإما أن يقتل، وفي قول ثلاثة أيام، فإن أصر على الردة قتل، وحكم الاستتابة قبل القتل الوجوب، وقيل الاستحباب.

وحكم المرأة في ذلك حكم الرجل عند جمهور الفقهاء، ولا تصح الردة من الصبي، ولا من المجنون، ولا من المكره؛ لأن الله تعالى ألغى عبادة هؤلاء فلا يعول عليها، والسكران - فيما أرى - مثلهم لا تصح ردته ما دام سكراناً؛ لأنه لا يدري ماذا يقول؟ والسكر معصية لاشك فيها، لكنه غير الردة قطعاً.

وبالنسبة لأموال المرتد، يقول الإمام الشافعي - رضي الله عنه - وإذا ارتد الرجل عن الإسلام ولحق بدار الحرب، أو هرب فلم يدر أين هو؟ أو خرس، أو عته، أوقفنا ماله فلم نقض فيه بشيء... فإن رجع إلى الإسلام دفعنا إليه ماله كما كان بيده قبل ما صنع، فإن مات أو قتل قبل الإسلام فماله فيء يخمس فتكون أربعة أخماسه للمسلمين، وخمسه لأهل الخمس.

ثم يقول الإمام في هذا الموضوع مبيناً عدالة الإسلام: وإن قدم ليقتل فشهد أن لا إله إلا الله، وأن محمداً عبده ورسوله وقتله بعض الولاة الذين لا يرون أن يستتاب بعض المرتدين، فميراثه لورثته المسلمين، وعلى قاتله الكفارة والدية، ولولا الشبهة لكان عليه القود (أي القصاص)(٦١).

ولاشك أن في تطبيق هذا الحد محافظة على الدين، وإبعاداً لكل مذهب هدام، فالشيوعية الملحدة التي تنكر الأديان، وتنكر وجود الله لا يقف في طريقها إلا الإسلام، ولا يحد من طغيانها غير تطبيق الشريعة الإسلامية على بلاد المسلمين، ولا يقلم أظافر المنحرفين بل يستأصل شأفتهم غير تطبيق هذا الحد.

وهناك نقطة يحب التعرض لها حتى لا تكون هناك شبهة في التطبيق، فالدول العربية والإسلامية فيها المسلم وغير المسلم، والردة - كما بينا - لا تنطبق إلا على المسلم الذي رجع عن إسلامه ولا يصح بحال من الأحوال أن يقال: إن من يترك دينه غير الإسلامي وينتقل إلى الدين الإسلامي يكون مرتداً ويطبق عليه حكم المرتد.

فإن قال قائل بذلك فنرد عليه بالآتي:

المسلم إذا رجع عن إسلامه يكون مكذباً لله ولرسوله محمد ﷺ، وتكذيبه لمحمد عليه الصلاة والسلام يكون تكذيباً لكل الرسل الذين أخبرنا الله بهم في القرآن الكريم، وأمرنا بتصديقهم جميعاً، من ذكر منهم باسمه ومن لم يذكر باسمه كما قال الله تعالى: ﴿ولقد أرسلنا رسلاً من قبلك. منهم من قصصنا عليك، ومنهم من لم نقصص عليك﴾(٦٢). وقال تعالى: ﴿إنا أوحينا إليك كما أوحينا إلى نوح والنبيين من بعده، وأوحينا إلى إبراهيم وإسماعيل وإسحاق ويعقوب والأسباط، وعيسى وأيوب، ويونس وهارون وسليمان، وأتينا داوود زبوراً. ورسلاً قد قصصناهم عليك من قبل، ورسلاً لم نقصصهم عليك وكلم الله موسى تكليماً. رسلاً مبشرين ومنذرين، لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل وكان الله عزيزاً حكيماً﴾(٦٣).

فالمسلم إذا ارتد يكون قد كفر بالله وبالرسل جميعاً وبالكتب وباليوم الآخر فيصدق عليه هذا الوصف، أما غير المسلم إذا دخل في الإسلام فلا يوصف بهذا الوصف أبدا؛ لأنه أضاف إلى إيمانه بالله ورسوله الإيمان بمحمد رسول الله خاتم الأنبياء والمرسلين، وهذا أمر يزيد في إيمانه ولا ينقصه ولا ينقضه، فالإيمان بمحمد يوجب عليه الإيمان بالجميع ومنهم رسوله الذي كان يسير على حسب تعاليمه وهداه قبل انتقاله إلى الإسلام، وصدق الله تعالى إذ يقول: ﴿آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه، والمؤمنون كل آمن بالله وملائكته وكتبه ورسله، لا نفرق بين أحد من رسله...﴾(٦٤).

فالإيمان بهم جميعاً واجب في الإسلام على كل مسلم ومسلمة، وإنكار وجحود نبوة ورسالة واحد منهم كفر بالإسلام وردة عنه عقوبتها القتل كما بينا.

وما دامت الحرية الدينية مكفولة لغير المسلمين في بلاد الإسلام؛ وما دام المسلمون ممنوعين من إكراه غيرهم على الدخول في دينهم، وما دام غير المسلم هو الذي اختار الإسلام بمحض إرادته، وما دامت الأديان السماوية كلها متفقة في الأصول ومختلفة في الفروع فقط، فلا يصح أن يقال لمن دخل في الإسلام من غير المسلمين إنه مرتد، والخلاف في الفروع أمر جائز وواقع، ليس بين الشرائع السماوية فحسب، وإنما في الشريعة الواحدة، وهو يعد من التخفيف والرحمة بالناس، ولا يعد من النزاع والشقاق والفرقة، لأن مرده إلى الاجتهاد وقد قال رسول الله ﷺ: «من اجتهد وأصاب فله أجران، ومن اجتهد وأخطأ فله أجر».

١٠ ـ المحافظة على النفس:

اهتمت الأديان السماوية بالمحافظة على النفس، والإسلام ينظر لهذا الأمر نظرة واقعية، فالاعتداء على النفس فيه اعتداء على حق المجتمع، وفيه اعتداء على حق الفرد الذي وقع الاعتداء عليه، ومن هنا نجد القرآن الكريم يوازن بين مصلحة المجتمع ومصلحة الفرد في وجوب المحافظة على النفس، فيحرم الاعتداء على النفس، ويوجب

القصاص في القتل العمد العدوان، وينهي الله تعالى عن القتل بقوله: ﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق﴾(٦٥).

وقد أجمع فقهاء المسلمين على تحريم القتل بغير حق استناداً إلى قوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً﴾(٦٦).

وعملاً بحديث ابن مسعود مرفوعاً: «لا يحل دم امرىء مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة»(٦٧).

والقتل عند جمهور الفقهاء ثلاثة أقسام: عمد، وشبه عمد، وخطأ، وهو عند الإمام مالك قسمان فقط؛ لأنه إما عمد وإما خطأ.

والقتل العمد العدوان هو الذي يكون فيه القصاص دون غيره، والشريعة الإسلامية هنا تنفرد بحكم يخالفها القانون الوضعي فيه، فقد أوجبت الشريعة الإسلامية القصاص من القاتل إذا توافرت شروط القصاص منه، وأجازت العفو عن القصاص إلى الدية، وأجازت أيضاً العفو عن الدية، ومعنى هذا أن ولي الدم مخير بين المطالبة بالقصاص، وبين العفو عنه إلى الدية، أو العفو عنه مجاناً والقانون الوضعي لا يجيز العفو، وينبغي الرجوع إلى الشريعة في هذا الأمر؛ لأن حكم الله أولى من حكم البشر، وقد قال الله تعالى في ذلك: ﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى، الحر بالحر، والعبد بالعبد، والأنثى بالأنثى، فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة، فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم. ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون﴾(٦٨).

وقال رسول الله ﷺ: «ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين، إما أن يفتدى وإما أن يقتل» والدية هنا ليست هي الواجبة أولاً، وإنما هي بدل عن القصاص، لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً» من قتل متعمداً دفع إلى أولياء المقتول، فإن شاءوا قتلوا، وإن شاءوا أخذوا الدية، وهي ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خلفة، وما صولحوا عليه فهو لهم وذلك لتشديد العقل»(٦٩).

وقال الله تعالى في العفو: ﴿وأن تعفوا أقرب للتقوى﴾(٧٠). وقال رسول الله - ﷺ - في حديث أبي هريرة: «ما عفا رجل عن مظلمة إلا زاده الله بها عزاً».

وفي حديث أنس: «ما رفع إلى رسول الله - ﷺ - أمر فيه القصاص إلا أمر فيه بالعفو»(٧١).

والدية في الإسلام واجبة في القتل العمد إذا عفى فيه عن القصاص، وواجبة في القتل شبه العمد، وفي القتل الخطأ، اللذين لا قصاص فيها.

والدليل على الوجوب قوله تعالى: ﴿ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا﴾[٧٢].

وحديث رسول الله الذي رواه النسائي ومالك في الموطأ وفيه: إن في النفس مائة من الإبل، وفي الأنف إذا أوعى جدعاً مائة من الإبل، وفي المأمومة ثلث الدية، وفي الجائفة مثلها، وفي العين خمسون، وفي اليد خمسون، وفي الرجل خمسون، وفي كل إصبع مما هنالك عشر من الإبل، وفي السن خمس، وفي الموضحة خمس»[٧٣].

والمراد من قوله عليه الصلاة والسلام: أوعى جدعا: أي قطع الأنف كله، والمأمومة: هي التي وصل الجرح الغائر فيها إلى أم الدماغ، والجائفة: هي التي وصل الجرح فيها إلى الجوف، والموضحة: هي التي كشفت اللحم وبينت العظم.

والدية في الإسلام ليست محصورة في الإبل وحدها، وإنما تكون في غير الإبل كالبقر والغنم والنقود، فقد فرض رسول الله - ﷺ - في الدية على أهل الإبل مائة من الإبل، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل الشاة ألفي شاة».

ولم يقتصر رسول الله - ﷺ - على هذه الأصناف وحدها وإنما بين أن الدية فيها من التوسعة ما يناسب الناس في أداء هذا الحق الذي وجب عليهم، وقد روى عكرمة عن ابن عباس: «أن رجلاً من بني عدي قتل، فجعل النبي ﷺ - ديته اثنى عشر ألف درهم».

وقال رسول الله - ﷺ - في كتاب عمرو بن حزم «وعلى أهل الذهب ألف دينار»[٧٤].

ولا شك أن العمل بمقتضى شريعة الله في هذه الأمور كلها هو السبيل الوحيد للقضاء على الجريمة والتقليل منها، وبذلك يحافظ الناس على النفس، ويتحقق الأمن والطمأنينة في المجتمع الإسلامي المعاصر كما كان من قبل.

١١ - المحافظة على العرض:

المحافظة على العرض من الأمور الواجبة على بني الإنسان في مختلف الشرائع السماوية، بل حتى في القوانين الوضعية، والشريعة الإسلامية لها منهجها الواضح في كيفية المحافظة على العرض، وحماية الأعراض من كل اعتداء يقع عليها، ونحن إذا نظرنا إلى التشريع الإسلامي بالنسبة لهذا الموضوع وجدناه يراعي جانب المصلحة أيما مراعاة، فهو لأجل وجود الشهوة في الإنسان يسهل له طريق إشباعها بما لا يهدر مصلحة الآخرين، ولا يترتب عليه الاعتداء على أعراضهم، وإنما شرع له الزواج ليكون سبيلا إلى الاستقرار والهدوء النفسي والسكن الروحي، وقال الله تعالى في ذلك مخاطباً

أمة الإسلام، وفاتحاً باب الزواج على مصراعيه لمن أراد أن يغض بصره ويحصن فرجه: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع، فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة﴾(٧٥).

وقال: «وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله»(٧٦).

وجعل الله تعالى الزواج نعمة من نعمه الكثيرة التي لا تعد ولا تحصى، وبين العلة في هذا الزواج في قوله تعالى: ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها، وجعل بينكم مودة ورحمة، إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون﴾(٧٧).

ولا شك أن الزواج نعمة ما بعدها نعمة، فهو الطريق الحلال الذي يحفظ على الناس أعراضهم، ويشبع شهوة الفرج التي خلقها الله في الإنسان، وهو فوق ذلك الطريق السليم للمحافظة على بقاء النوع الإنساني على الأرض حتى لا ينقرض، وحتى لا يتكاثر تكاثراً يؤدي إلى شقائه في الحياة، بل ربما يؤدي إلى هلاكه غالبا، والله تعالى يقول في هذا المعنى: ﴿والله جعل لكم من أنفسكم أزواجاً، وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة، ورزقكم من الطيبات﴾(٧٨).

والتعبير في الآية الكريمة بالبنين والحفدة وهم أولاد البنين والبنات يدلنا على الهدف الأسمى من الزواج وهو الحرص على وجود الأسرة التي تجمعها أواصر القرابة، وهي لحمة النسب، ولاشك أن هذا التعبير يدلنا على ما في الزواج من وضع الأسس السليمة لبناء المجتمع السليم.

وحتى لا يسرف هذا الإنسان في عمله سواء كان خيراً أو شراً، وحتى يكون معتدلاً في تصرفاته، وهذا شأن الإسلام مع الناس جميعاً، فالاعتدال مطلوب حتى في العبادة، والوسطية هي حد الاعتدال الذي لا يرتفع المقياس فيه إلى حد الإفراط، ولا ينزل إلى حد التفريط، وإنما يوازن بين مطالب الجسم ومطالب الروح، مطالب الدنيا ومطالب الآخرة قال الله تعالى: ﴿وابتغ فيما آتاك الله الدار الآخرة ولا تنس نصيبك من الدنيا...﴾(٧٩)، وقال رسول الله - ﷺ - لمن أراد من المسلمين القيام طول الليل في العبادة، دون نوم، والصوم طول الدهر دون إفطار فيه، وعدم الزواج طول العمر ليتفرغ للعبادة: «أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له، ولكني أصلي وأنام، وأصوم وأفطر، وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني»(٨٠).

فقد جعل رسول الله - ﷺ - الزواج من سنته وطريقته المعتدلة التي لا تنحرف أبداً عن طريق الوسطية المحصلة لمصالح الناس، وقد تبرأ من الراغب عن هذه السنة؛ لأنه يخالف فطرة الله السليمة التي فطر الناس عليها، ويؤكد رسول الله هذا المعنى مرة أخرى فيما روى سعد بن أبي وقاص: «أن رسول الله - ﷺ - رد على عثمان بن مظعون التبتل، ولو أذن له لاختصينا»(٨١).

وما دام الزواج هو السبيل الكريم لكل هذه المصالح، فينبغي للإنسان أن يفعله، والإسلام سهل له طريق الوصول إليه، فالمهر على حسب حال هذا الرجل الذي يريد الزواج، وعلى حسب حال المرأة التي يراد الزواج منها، وكما قال رسول الله - ﷺ - : «خير الصداق أيسره»[٨٢]. وقال - أيضاً - : «التمس ولو خاتماً من حديد»[٨٣].

فلا يصح الغلو في المهور حتى لا يحجم الشباب عن الزواج، وحتى لا يحصل الاعتداء على الأعراض، ومن هنا قال الفقهاء: «لا حد لأقل المهر ولا لأكثره، وإنما يترك ذلك لما يتراضى عليه الطرفان دون مغالاة، وعلى حسب العرف.

وما دام الطريق سهلاً للزواج الذي أمر رسول الله شباب الإسلام به في قوله: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج؛ فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء»[٨٤]. فلابد أن يكون للمعتدي على الأعراض عقاباً رادعاً، حتى يأمن الناس على أعراضهم فلا تنتهك، وعلى أنسابهم فلا تختلط ولا تضيع، ومن هنا حرم الله الزنا ودواعيه التي تدعو إليه، فحرم النظر إلى المرأة الأجنبية بشهوة على الرجل وأمره بغض بصره، وأمرها هي الأخرى بغض بصرها، وقال لهم في ذلك: ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك أزكى لهم والله خبير بما يصنعون. وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها...﴾[٨٥].

وذلك من أجل أن يمنع الشيطان من التدخل بين الرجل والمرأة، وحتى لا يسهل على الشيطان إغواء بني الإنسان، حرم الله تعالى على لسان رسوله - ﷺ - الخلوة بالمرأة الأجنبية بقوله عليه السلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو محرم منها، فإن ثالثهما الشيطان»[٨٦].

والمرأة المخطوبة قبل العقد عليها حكمها في ذلك حكم المرأة الأجنبية غير المخطوبة، وما هي في الحقيقة والواقع إلا أجنبية بالنسبة لخاطبها قبل العقد عليها، أما بعد العقد فهي زوجة، والزواج يترتب عليه حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع الذي شرعه الله تعالى لعباده.

لقد بين الله تعالى في تشريعه الإسلامي الخالد، أن الاعتداء على الأعراض والأنساب جريمة بشعة ينبغي ألا توجد في المجتمع الإسلامي الذي يسير على منهج الحق والعدل والإنصاف، فإن وجدت فيجب على الأمة محاربتها وذلك بتوقيع العقوبة المقدرة بتقدير الله، الذي خلق الإنسان ويعلم ما يسعده وما يشقيه، أما عقوبة الزنا في القوانين الوضعية التي وضعها الإنسان لنفسه فهي - بلا شك - لا تحد من الجريمة، ولا تحمل على اقتلاعها من المجتمع، وإنما تسهل طريقها وتعمل على نشرها بهذه العقوبة الموضوعة لها، والأولى والأفضل، بل الواجب على الأمة حكاماً ومحكومين أن يتعاونوا

فيما بينهم على الرجوع إلى شريعة الله، حتى يكون العلاج الناجع لهذه الجريمة، وحتى تتحقق ـ فعلاً ـ المحافظة على الأعراض.

والعقوبة المقررة لجريمة الزنا في الإسلام: هي الجلد مائة جلدة للزاني والزانية البكر والرجم بالحجارة حتى الموت للمحصن أو المحصنة، وذلك إذا ثبتت هذه الجريمة ثبوتاً لا يحتمل الشك ولا يكون هناك أي شبهة فيه.

وهذا الحكم مأخوذ من قوله تعالى: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة...﴾[٨٧]. وقد ثبت عن النبي ـ ﷺ ـ أنه رجم ماعزاً والغامدية، ورجم اليهودي واليهودية بعد ثبوت الزنا عليهما.

وهذه عقوبة شديدة تتناسب مع المحصن الذي يقع في الزنا بعد إحصانه؛ لأنه فعل كبيرة من أكبر الكبائر وهي الزنا، الذي قال الإمام أحمد فيه: «لا أعلم بعد القتل ذنباً أعظم من الزنا»[٨٨].

وقد أجمع فقهاء المسلمين على تحريمه، لقوله تعالى: ﴿ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا﴾[٨٩]، وقد عده رسول الله ـ ﷺ ـ من أعظم الذنوب، وذلك في الحديث الذي رواه عبد الله بن مسعود وقال فيه: قال رجل يا رسول الله: «أي الذنب أكبر عند الله؟ قال: أن تدعو لله ندا وهو خلقك، قال: ثم أي؟ قال: أن تقتل ولدك خشية أن يطعم معك، قال: ثم أي؟ قال: أن تزاني حليلة جارك[٩٠].

وما دام الأمر كذلك فلا تأخذنا رأفة في دين الله، ولا نترك الزناة والمعتدين على الأعراض دون إقامة حدود الله، فالحدود التي حدها هي العلاج الحقيقي لهذه الجريمة، أما السجن وأما العفو المنصوص عليهما في القانون الوضعي المعمول به، فليست علاجاً ولا تصلح للعلاج، وهذا هو السبب في جرائم الخطف وجرائم الاعتداء على هتك العرض بالقوة، التي ظهرت في بعض البلاد الإسلامية في هذا العصر، ولو طبقت شريعة الله ما وجدنا مثل هذه الجرائم الجديدة التي يصاحبها العنف، ولا وجدنا جريمة الزنا التي تحصل بتراضي الطرفين.

وحتى تصان الأعراض عن القيل والقال، وحتى تحفظ عن المعايرة، وحتى لا تشيع الفاحشة بين أفراد الأمة، وحتى لا تنحل عرى الروابط والأخلاق، وتنقطع الصلاة بين الأفراد، حرم الله تعالى قذف المحصنات المؤمنات بالزنا، وجعله من أكبر الكبائر بقوله تعالى: ﴿إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات، لعنوا في الدنيا والآخرة، ولهم عذاب عظيم﴾[٩١].

وجعل لهذه الجريمة حداً بينه بقوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء، فاجلدوهم ثمانين جلدة، ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً، وأولئك هم الفاسقون﴾[٩٢].

ولا شك أن الرجوع إلى الله والعمل بشريعة الله هو السبيل الصحيح لعودة الأمن بين

الناس، على أعراضهم، وكما قال الفقهاء: «الحدود موانع قبل الفعل لكنها زواجر بعد الفعل» وخير لنا أن نعمل على منع الجريمة قبل وقوعها، ولن يمنعها غير تشريع الله.

١٢ ـ المحافظة على المال:

المال عصب الحياة، وكل إنسان في هذه الحياة يحتاج إلى المال ليقضي حاجته، من غذاء وكساء ومسكن ودواء، وزواج وبناء أسرة كريمة، تتعاون مع بقية الأسر في المجتمع، على البر والتقوى، فينهض المجتمع، ويسعد بسعادة أفراده، ولذلك نرى التشريع الإسلامي ينظر إلى المال نظرة واقعية، فيها سعادة الفرد، وسعادة الأسرة، وسعادة المجتمع، ولولا المال ما نفذت المشاريع العمرانية الكبيرة، ولا أقيمت المصانع الضخمة، ولا بنيت المدارس والمعاهد والجامعات، ولا تسلح الجيش الذي يدافع عن الوطن، ويذود عن حماه، ويحمي دين الله، وينشر دعوة الإسلام، ويؤدب الذين يقفون في طريق إعلاء كلمة الله.

ولذلك أباح الإسلام التملك، وشرع لهذا التملك الطرق السليمة التي توصل إليه، وحرم الطرق التي توصل إليه عن طريق الاعتداء على حقوق الآخرين، وذلك كالسرقة والغصب، والرشوة، والاختلاس، وأكل أموال الناس بالباطل، وإتلاف مال الغير، وما ذلك إلا من أجل المحافظة على المال.

لقد أحل الله البيع والشراء للناس؛ لأنهما سبيل لتوصيل المصلحة للخلق، وقال الله تعالى في ذلك: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾[٩٣]، وفرق بين البيع وبين الربا، فالبيع خاضع للربح والخسارة، أما الربا فهو ربح دائم للمرابي، وخسارة دائمة للمحتاج، واستغلال لحاجته ومن هنا حرم الله الربا تحريماً قاطعاً، حتى يحفظ على الناس أموالهم، وحتى تسود المحبة والمودة بين الأفراد، وحتى يحس كل إنسان بإحساس الآخرين، ويشعر بشعورهم، ولذلك أعلن الله الحرب على المرابين وقال لهم: ﴿يأيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين. فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله، وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم، لا تظلمون ولا تظلمون﴾[٩٤].

وقد بين الله الفرق بين الربا وبين الزكاة والصدقات، فالربا في الظاهر زيادة في المال، والزكاة والصدقات في الظاهر أيضاً نقص في المال، لكن الواقع الحقيقي غير هذا الظاهر، يدلنا على ذلك قوله تعالى: ﴿يمحق الله الربا ويربي الصدقات﴾[٩٥].

ومعنى الآية الكريمة: أن الله يمحق المال الذي يدخله الربا، أي ينقصه ويذهب بركته، ويربي الصدقات: أي يزيدها وينمحها ويضاعف ثوابها.

وشتان بين عمل استغلالي بغيض، وبين عمل نافع مفيد، يترتب عليه تكافل اجتماعي كبير بين أفراد المجتمع، حتى تتقارب الطبقات ويسود الحب والإخاء بين أفراد الأمة ولذلك قال الرسول ـ ﷺ ـ لمعاذ بن جبل حينما أرسله إلى اليمن في

حديثه : إن الله قد افترض عليهم صدقة في أموالهم، تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم »[٩٦].

وحذر الله ملاك الأموال التي تجب فيها الزكاة من أكل أموال الفقراء، وعدم دفع الزكاة الواجبة لهم بقوله تعالى : ﴿والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم. يوم يحمى عليها في نار جهنم فتكوى بها جباههم وجنوبهم وظهورهم هذا ما كنزتم لأنفسكم فذوقوا ما كنتم تكنزون﴾[٩٧].

وما دام الأمر كذلك فلابد من رجوع الدولة المسلمة إلى شريعة الله وتحريم ما حرم الله، فكل بيع حرمه الله يجب تحريمه، وكل ربا يجب على الدولة رفضه وإخراجه من المعاملات التي يتعامل بها الناس، حتى يبارك الله في الأموال، ويرفع عن الأمة البلاء والآفات التي تقضي على المال أو تنقصه، وتستقر الحياة الاقتصادية للمسلمين[٩٨].

ولأجل المحافظة على المال، وعدم الاعتداء عليه، يجب على الدولة أن تطبق حد السرقة، وحد الحرابة، فالأول فيه المنع عن الاعتداء على المال الذي يؤخذ خفية، والثاني، فيه المنع عن الاعتداء على المال بالقوة والبطش والتخويف، وفوق ذلك فهو محافظة على المال والأعراض والأنفس، ولو لم يكن الصلاح المنشود مرتبطاً بهذه الحدود، ما شرعها الله تعالى لعباده، لكن مشروعيتها من الخالق جل وعلا تدل على أنها العلاج الناجع الذي فيه شفاء المجتمع من الأمراض التي توجد بين أفراده، ولذلك قال الله تعالى في السرقة : ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالاً من الله، والله عزيز حكيم. فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه، إن الله غفور رحيم﴾[٩٩].

وقد جعل الله الشفاعة في الحدود ممنوعة ولا تجوز مطلقاً، ولا يجوز العفو عنها مهما كان الفاعل الذي استحق الحد، وذلك من أجل تحقيق العدل بين الناس، والمساواة بين الجميع في الحقوق والواجبات، وقد غضب النبي - ﷺ - لشفاعة أسامة بن زيد، حينما شفع للمرأة المخزومية التي سرقت، وأنكر عليه رسول الله شفاعته لها بقوله : «أتشفع في حد من حدود الله؟ ولم يكتف رسول الله - ﷺ - بإنكاره على أسامة وإنما قام فخطب في الناس وقال لهم : «أيها الناس إنما هلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها »[١٠٠].

وليس في إقامة الحد على السارق تخوف، فالإسلام لا يوجب قطع اليد لكل سارق، وإنما لسارق مخصوص توافرت فيه الشروط التي توجب القطع، أما إذا لم تتوافر الشروط فلا قطع، وقد قال رسول الله :

«ادرءوا الحدود بالشبهات»[١٠١]، فمتى وجدت الشبهة ولو كانت واهية فلا يطبق الحد على السارق.

ولا شك أن الواقع المؤلم الذي يشاهد في علاج القانون الوضعي للسرقة الآن، وازدياد الجرائم ومنها جريمة السرقة تستوجب العلاج السريع، وليس هناك علاج أنجع من علاج الله تعالى لهذه الأمراض الاجتماعية الخطيرة التي تؤدي إلى الاعتداء على المال الذي حرمه الله تعالى على الناس، فهو الذي يؤدي إلى الردع والزجر، والمحافظة على الأموال لأصحابها؛ لأنه من تقدير الله أحكم الحاكمين، الذي يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير.

والحرابة أو قطع الطريق، من أخطر الجرائم التي تهدد أمن المجتمع، وتروع الآمنين؛ لأنها اعتداء على الأموال والأرواح بقوة السلاح، وهي خروج على سلطان الدولة، ولذلك كان العقاب عليها شديداً في الإسلام، حتى لا يخرج على سلطان الدولة أحد من الناس، وحتى ينتشر الأمن في المجتمع، ويسود الاستقرار والنظام، وتتحقق المحافظة على الأموال والأنفس.

ولذلك حرم الله الحرابة وقال فيها: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله، ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا، أو يصلبوا، أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف، أو ينفوا من الأرض، ذلك لهم خزي في الدنيا، ولهم في الآخرة عذاب عظيم. إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم، فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾[١٠٢].

وسبب نزول هذه الآيات أن العرنيين لما قدموا المدينة وهم مرضى، فأذن لهم النبي - ﷺ - أن يخرجوا إلى الإبل ويشربوا من أبوالها وألبانها، فلما صحوا قتلوا راعي الإبل للنبي - ﷺ - واستاقوا الإبل.

وقد جعل الله هذا الحكم الشديد، والعقاب الصارم لكل من يفعل هذه الجريمة، وذكر لفظ أو في الآية لترتيب الأحوال، فالقتل لمن قتل فقط، والصلب لمن قتل وأخذ المال، والقطع لمن أخذ المال ولم يقتل، والنفي لمن أخاف فقط، قاله ابن عباس وعليه الشافعي[١٠٣].

وقال رسول الله - ﷺ -: «من حمل علينا السلاح فليس منا»[١٠٤].

وما دام هذا حكم الله تعالى فيمن يقطع الطريق، ويهدد المارة فيه، ويرعب الآمنين ويخيفهم ويستولي على أموالهم، ويقتلهم في كثير من الأحيان، في الوقت الذي لا تمكن فيه إغاثتهم، فلماذا لا ينفذ حكم الله فيهم؟ وهل يجوز تركهم بدون تنفيذ هذا العقاب الصارم الذي شرعه الله تعالى لتأديبهم، وزجرهم ومنع غيرهم من اقتراف هذه الجريمة الخطيرة؟ وهل هناك إنسان عاقل لا يرجو نشر الأمن والطمأنينة بين الناس في البلاد الإسلامية العزيزة؟.

أعتقد أنه لا يوجد هذا الإنسان الذي يوصف بهذا الوصف إلا إذا كان مجرماً يريد أن يحقق هواية الإجرام عنده، أو مشركاً لا يأتمر بأمر الله، ولا يبتعد عما نهى الله، ومثل هذين الشخصين لا يعول على رأيهما، ولا يعمل حساب لهما، وينبغي على الدول

الإسلامية، أن تخلص الناس من هذا الشر، وتمنع من وقوع هذه الجريمة، وذلك بالرجوع إلى شريعة الله، وتطبيق حدوده على من وجبت عليه من المجرمين.

والشريعة الإسلامية لا توجب تطبيق الحد، في أي جريمة من جرائم الحدود، إلا إذا كانت الجريمة جريمة تامة، وتوافرت في الجاني أهلية الأداء الكاملة وتحققت جميع الشروط التي اشترطها الفقهاء لأجل توقيع عقوبة الحد على الجاني، أما إذا فقد شرط من الشروط فلا يقام الحد على الجاني، ومع ذلك فلابد من عقابه، وفي التعزيز متسع للحاكم المسلم يشرع عن طريقه ما يراه زاجراً ومانعاً من وقوع الجرائم بجميع أنواعها، ومنها جرائم الحدود التي لم تتوافر شروطها التي توجب عقوبة الحد عليها، والشروع في جريمة الحرابة دون تنفيذها لا يعفي المجرم من العقوبة، لكنها عقوبة تعزيزية لا تصل إلى الحد الذي حده الله تعالى لكل جريمة كاملة مستوفية للشروط كلها(١٠٥).

والتعزير: مصدر عزر يقال: عزره بمعنى لأمه، أو أدبه، أو ضربه ضرباً شديداً، ويقال عزره يعزره عزراً بمعنى: لأمه، وعزره عن كذا: منعه ورده. فالمنع من الشيء والرد عنه واللوم عليه والتأديب على فعله كل هذه المعاني يشملها لفظ التعزير في اللغة(١٠٦).

أما في اصطلاح الفقهاء: فهو تأديب على ذنب ليس فيه حد.

فكل من أتى معصية لأحد فيها ولا كفارة، وذلك كالمباشرة المحرمة فيما دون الفرج، والسرقة فيما دون النصاب، والقذف بغير الزنا، والجناية بما لا يوجب القصاص، والشهادة بالزور، وما أشبه ذلك من المعاصي، عزر على حسب ما يرى الحاكم بحسب الأشخاص والأزمان.

والتعزير يوافق الحد في أنه زجر وتأديب للصلاح يختلف بحسب الذنب، ويخالفه من ثلاثة أوجه:

أحدهما: أن تعزير أهل الهيئات أخف من تعزير غيرهم، ويستوون في الحد.

والثاني: تجوز الشفاعة والعفو في التعزير دون الحد.

والثالث: لو تلف من التعزير ضمن، ولو تلف من الحد فهدر(١٠٧).

وسبب هذا الخلاف يرجع إلى ما ورد عن رسول الله - ﷺ - من حديثه التي روته السيدة عائشة رضي الله عنها وفيه قال: «أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود»(١٠٨).

ومعنى أقيلوا: مأخوذ من الإقالة: وهي موافقة البائع على نقض البيع، والمراد منها هنا: موافقة ذي الهيئة على ترك المؤاخذة له أو تخفيفها، وفسر الإمام الشافعي ذوي الهيئات بالذين لا يعرفون بالشر فيزل أحدهم الزلة، والخطاب في أقيلوا للأئمة؛ لأنهم الذين إليهم التعزيز، لعموم ولايتهم، فيجب عليهم الاجتهاد في اختيار الأصلح؛ لاختلاف ذلك باختلاف مراتب الناس وباختلاف المعاصي، وليس له أن يفوضه إلى مستحقه ولا إلى غيره»(١٠٩).

ويدخل تحت التعزير لأجل المحافظة على المال، جاحد العارية وخائن الأمانة، والمنتهب والمختلس لقوله ﷺ: «ليس على خائن ولا مختلس ولا منتهب قطع»[١١٠].

وليس على الغاصب ولا على المكابر المغالب قطع إلا أن يكون قاطع طريق شاهراً للسلاح على المسلمين مخيفاً للسبيل، فحكمة حكم المحارب الذي سبق[١١١].

وقد تبين لنا من هذه الخطوط العريضة محافظة الشريعة الإسلامية على المال وحمايته من كل اعتداء عليه، وتشريع العقوبات الرادعة والزاجرة والمانعة من هذا الاعتداء، وليس بعد علاج الله من علاج، فواجب الأمة أن تتضافر جهود المخلصين من أبنائها للعودة إلى تشريع الله، الذي يحقق سعادة الجميع.

١٣ ـ المحافظة على العقل:

من نعم الله سبحانه وتعالى على الإنسان، أنه خلقه على هيئة حسنة، وفضله على جميع مخلوقاته، وكرمه غاية التكريم بوجود نعمة العقل عنده، فهو الذي يميز به بين الفضائل والرذائل، وبين الخير والشر، وبين الغث والثمين، وقال الله تعالى في ذلك مبيناً هذه النعمة الجليلة: ﴿ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا﴾[١١٢].

وتكريم الله معناه: التفضيل، وقد فضل الله سبحانه وتعالى بني آدم بالعلم والنطق واعتدال الخلق، وغير ذلك من النعم العديدة التي لا تعد ولا تحصى.

ومن أجل هذا العقل الذي أودعه الله في الإنسان، حمّله الله الأمانة وكلفه بالتكاليف الشرعية من صلاة وصيام وزكاة وغيرها مما في فعلها من الثواب وفي تركها من العقاب، وقال الله تعالى في ذلك: ﴿إنا عرضنا الأمانة على السماوات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان إنه كان ظلوماً جهولا. ليعذب الله المنافقين والمنافقات والمشركين والمشركات، ويتوب الله على المؤمنين والمؤمنات، وكان الله غفوراً رحيماً﴾[١١٣].

وحتى يفهم هذا الإنسان خطاب الله تعالى له، ويتمكن من الامتثال والطاعة لله تعالى، فلابد له من هذا العقل، ويجب عليه المحافظة على هذا العقل، فلا يضيعه ولا يغطيه بمشروب، ومن أجل مصلحة هذا الإنسان حرم الله تعالى عليه شرب الخمر؛ لما فيها من الأضرار الكثيرة التي تتعلق ببدنه، وتتعلق بماله، وتتعلق بدينه، ولاشك أن من ضيع أمانة التكليف يحتاج إلى التأديب والتهذيب والعقاب؛ ولذلك شرع الله تعالى الحد على شرب الخمر[١١٤].

وقال الله تعالى في تحريمها: ﴿يأيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون. إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر، ويصدكم عن ذكر الله، وعن الصلاة، فهل أنتم منتهون﴾[١١٥].

والمراد بالخمر : كل ما يخامر العقل ويغطيه ، والميسر : القمار ، والأنصاب : الأصنام ، والأزلام : القداح التي كانوا يستقسمون بها ، والرجس : الخبيث المستقذر .

والله تعالى حرم هذه الأشياء على الإنسان ؛ لأنها من عمل الشيطان ، وأمر المؤمنين باجتناب هذه الأمور التي تجلب المضرة لهم ، وتوقعهم في الإثم ، وربط الله فلاحهم وفوزهم باجتناب هذه المحرمات ، وعلل لذلك التحريم بقوله تعالى : ﴿إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر﴾ أي في اتيانهما لما يحصل فيهما من الشر والفتن ، والصد عن ذكر الله ، وعن الصلاة التي هي مناجاة بين العبد وربه .

وقد بين النبي - ﷺ - تحريم الخمر في أحاديث كثيرة ، منها :

ما رواه ابن عمر - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - قال : «كل مسكر خمر ، وكل خمر حرام» أخرجه مسلم .

وما رواه جابر - رضي الله عنه - عن رسول الله - ﷺ - قال : «ما أسكر كثيره فقليله حرام» أخرجه أحمد والأربعة وصححه ابن حبان .

وما روته أم سلمة - رضي الله عنها - عن النبي - ﷺ - قال : «إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرّم عليكم» . أخرجه البيهقي وصححه ابن حبان(١١٦) .

وما رواه ابن عمر - رضي الله عنه - أنه صلى الله عليه وسلم قال : «لعن الله الخمر ، وشاربها ، وساقيها ، وبائعها ، وعاصرها ، ومعتصرها ، وحاملها ، والمحمولة إليه» رواه أبو داود وابن ماجه .

وفي رواية أنس رضي الله عنه قال : لعن رسول الله - ﷺ - في الخمر عشرة : عاصرها ، ومعتصرها ، وشاربها ، وحاملها ، والمحمولة إليه ، وساقيها ، وبائعها ، وآكل ثمنها ، والمشتري لها ، والمشترى له» رواه الترمذي وابن ماجه(١١٧) .

وقد أجمع فقهاء المسلمين على تحريم الخمر ؛ لوجود النصوص الكثيرة التي تدل على التحريم ، ولهذا قال الفقهاء : إن من يستحل الخمر يكون كافراً ؛ لأنه أنكر أمراً معلوماً من الدين بالضرورة .

وتحريم الخمر ليس مقصوراً على الإسلام وحده ، ولكن الأديان السماوية كلها تحرم الخمر دون استثناء ، فاليهودية تحرمها ، والمسيحية تحرمها كذلك ، وليس في الإنجيل نص صريح يحل شرب الخمر ، ومن أباح شربها فقد تأول النص بتأويل فاسد ، وبنى حكمه على الهوى والشهوة ، دون دليل صحيح .

وقد جعل الإسلام لمن يرتكب هذه الجريمة عقوبة تمنع من الاقتراب منها ، وتعبير الله تعالى عنها بقوله : ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون﴾ أبلغ دليل على التحريم والحظر ، وقد قال الفقهاء : إن الواجب فيها هو الحد والتفسيق إلا أن تكون التوبة ، والتفسيق في شارب الخمر باتفاق وإن لم يبلغ حد السكر .

وقد اختلف الفقهاء في مقدار الحد الواجب : فقال الجمهور : الحد في ذلك ثمانون، وقال الشافعي وأبو ثور وداود الحد في ذلك أربعون[١١٨].

وهذا بالنسبة لشارب الخمر الحر، أما الرقيق فحده على النصف من حد الحر، عند الجمهور وعند أهل الظاهر الحد واحد بالنسبة للحر والرقيق.

وقد استدل الجمهور من الفقهاء على أن الحد ثمانون جلدة بما حدث في زمن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب فإنه تشاور مع الصحابة في عهده فيمن يشرب الخمر، وذلك حينما رأى تفشى الشرب بين الناس في زمانه، وقد أشار علي بن أبي طالب عليه بأن يجلد في حد الشرب ثمانين جلدة قياساً على حد الفرية، وقال : إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، وحد الافتراء ثمانون».

أما الفريق الآخر فقد استدل على أن الحد أربعون، وذلك عملاً بحديث أبي سعيد الخدري وهو «أن رسول الله - ﷺ - ضرب في الخمر أربعين»، وقد روى حصين بن المنذر : «أن علياً جلد الوليد بن عقبة في الخمر أربعين، ثم قال : جلد النبي - ﷺ - أربعين، وأبو بكر أربعين، وعمر ثمانين، وكل سنة وهذا أحب إلي» رواه مسلم.

وحد الشرب كان في عهد رسول الله - ﷺ - بالضرب بالنعال والجريد والأردية كما في رواية أنس رضي الله عنه، ورواية السائب بن يزيد.

وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال : إن رسول الله - ﷺ - أتى برجل قد شرب الخمر. فقال : «اضربوه» فمنا الضارب بيده، والضارب بثوبه، والضارب بنعله، ثم قال : «بكتوه» - أي وبخوه وعيروه - فأقبلوا عليه يقولون : ما اتقيت الله، ما خشيت الله، وما استحيت من رسول الله - ﷺ - فقال بعض القوم : أخزاك الله. قال : «لا تقولوا هكذا، لا تعينوا عليه الشيطان، ولكن قولوا : اللهم اغفر له، اللهم ارحمه». رواه أبو داود[١١٩].

ونحن إذا نظرنا في هذه الأحاديث فإننا نجد أن الحد الذي حده رسول الله في شرب الخمر كما ورد أربعون مرة بنعلين، وقد ضرب الصحابة شارب الخمر في عهده عليه الصلاة والسلام بالجريد وبالنعال وبالثياب، وقد روى عمير بن سعيد النخعي، قال : سمعت علي بن أبي طالب يقول : ما كنت لأقيم على أحد حد فيموت، فأجد في نفسي منه شيئاً، إلا صاحب الخمر، فإنه لو مات وديته، وذلك أن رسول الله - ﷺ - لم يسنه» متفق عليه[١٢٠].

ومعنى لم يسنه : أي لم يقدر فيه رسول الله - ﷺ - حداً مضبوطاً، ومن هنا حصل الخلاف في هذا الحد، بعضهم جعله ثمانين وبعضهم جعله أربعين، وقد جمع بعض العلماء بين هذه النصوص بأن ضرب الأربعين كان بجريدتين أو بنعلين أو بسوط له طرفين فباعتبار الضرب يكون العدد أربعين وباعتبار الواقع على الجسم يكون العدد ثمانين جلدة[١٢١].

والصحيح الذي لا خلاف فيه أن هناك حداً لشارب الخمر لكن العدد الذي يجب فيه يجوز الوقوف عند الأربعين ويجوز الزيادة حتى الثمانين.

وعلى كل فهذا من أجل المحافظة على العقل الذي هو أعظم نعمة على الإنسان أنعم الله تعالى بها عليه؛ لأنه إذا علم أنه إذا شرب جلد امتنع عن الشرب ونهى نفسه الأمارة بالسوء عن هذا المنكر، وإقامة الحد على الشارب كفيلة بردعه وزجره عن العودة إلى الشرب مرة أخرى، وردع غيره من الناس حتى يعتبروا ولا يقعوا فيما وقع فيه، وبذلك يزول هذا الوباء من المجتمع الإسلامي، ويعيش الناس بعقولهم سعداء، يؤدون حق الله، وحق الوطن، وحق إخوانهم المواطنين، ويصدق على المجتمع حينئذ، المجتمع السعيد.

وأي سعادة يريدها الإنسان، فوق ما يجد من الأمن والأمان، والعدل والسلام بين أفراد الأمة التي هو لبنة فيها، محاطة بالعناية والرعاية، والحب والصفاء، والأخوة الصادقة، والتعاون المثمر الفعال لصالح الدين، والنفس، والنسل، والمال، والعقل.

إن تطبيق شريعة الله، في كل مجالات الحياة، مطلب كل مسلم، وغاية كل رجل شريف يريد العزة لله ولرسوله وللمؤمنين.

فهيا يا أولي الألباب، ويا أولياء أمور المسلمين، تعالوا إلى كتاب الله وسنة رسول الله، محمد بن عبد الله، لنعيد للإسلام مجده، وللمسلمين قيادتهم الرشيدة، وتذكروا قول الله تعالى: ﴿وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون، وستردون إلى عالم الغيب والشهادة فينبؤكم بما كنتم تعملون﴾[١٢٢].

الخـــاتمة

لقد تبين لنا من هذا البحث أن تطبيق الشريعة الإسلامية هو السبيل لتحقيق الأمن والعدل والسلام في المجتمع، فقد راعت شريعة الإسلام مصلحة الفرد، ومصلحة الأسرة، ومصلحة المجتمع، في حالة السلم وفي حالة الحرب، ولم تشرع هذه الشريعة الغراء أي تشريع يتنافى مع تحقيق المصلحة للخلق، في أي ناحية من نواحي الحياة، والشريعة التي تحافظ على الدين فلا يتغير ولا يتبدل، ولا ينحرف ولا يهدم، وتحافظ على النفس الإنسانية فلا يعتدي عليها بسفك دمها وإزهاق روحها، أو بقطع بعض أجزائها وتشويهها، أو بإيذائها وتخويفها.

وتحافظ على الأعراض فلا تستباح ولا تنتهك، ولا تغتصب، وعلى الأنساب فلا تختلط، ولا تضيع، ولا تنكر.

وتحافظ على الأموال فلا تسرق، ولا تنهب، ولا تؤكل بالباطل، ولا تغتصب.

وتحافظ على العقول فلا تغطى، ولا تستر بمشروب حرمه الله تعالى على عباده، ولا تلغى من الإنسان حتى يكون كالحيوان الأعجم.

لا شك أنهاشريعة الخلود، وشريعة الفلاح في الدنيا والآخرة.

وحتى يتم هذا العمل، ويكون للأمام دائماً دون عودة للوراء، ينبغي أن ينص في دساتير البلاد العربية والإسلامية على تطبيق الشريعة الإسلامية وأنها المصدر الوحيد للتشريع[١٢٣].

ولا داعي إلى الاتجاه لغير مصدر الشريعة الإسلامية في القضاء، بحجة أن بعض الأمور لم يضع الفقهاء لها حكمها، أو يكون من المستحسن تطوير الأحكام في شأنها تمشياً مع ضرورات التطور الطبيعي على مر الزمن.

فإن الفقه الإسلامي فيه من المرونة ما يفي بحاجة الناس في كل امر من أمورهم، وباب الاجتهاد مفتوح أمام فقهاء المسلمين في عصرنا الحاضر، ومادام الأمر مرده إلى الاجتهاد فلا خوف منه إطلاقاً، وعلى حسب المصلحة يكون الحكم الفقهي المناسب لهذا العصر، والمتفق مع كتاب الله وسنة رسوله.

وتطوير الأحكام تمشياً مع ضرورات التطور الطبيعي، ماذا يقصد به؟ هل يجوز

تطوير الأحكام والعمل بها وإن خالفت الشريعة الإسلامية ؟ .

إن هذا لا يجوز ولا يصح أن يقال بحال من الأحوال، فالواجب على الناس أن يغيروا تعاملهم الذي يخالف التشريع الإسلامي حتى يكونوا ملتزمين بتشريع الله لهم، لا أن يطوروا الأحكام الشرعية ويغيروها حسب التطور الطبيعي كما يدعي أعداء الإسلام.

إن كثيراً من البلاد الإسلامية تطبق القوانين الوضعية التي تبيح الربا في المعاملات التجارية وتعرض عن تطبيق الحدود الشرعية التي أمر الله عباده المؤمنين بالعمل بها، وهذا - من غير شك - إعراض عن كتاب الله وسنة نبيه عليه الصلاة والسلام، وكيف يكون ذلك وعندنا كتاب الله الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، تنزيل من حكيم حميد ؟ ؟ .

لقد كثرت الجرائم في الأموال والأعراض والأرواح، واستهان الناس بدينهم وعقولهم، وما ذلك إلا بسبب ترك التطبيق لحدود الله، التي حدها من خلق الإنسان، وعلمه البيان، ورباه على موائد كرمه، وأنعم عليه بنعمه الكثيرة التي لا تعد ولا تحصى، وصدق الله إذ يقول: ﴿وإن تعدوا نعمة الله لا تحصوها﴾[١٢٤].

لقد حد الله هذه الحدود، وهو سبحانه وتعالى بعباده الرحمن الرحيم، لا تنفعه طاعاتهم، ولا تضره معاصيهم، ولا يريد لهم إلا الخير، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾[١٢٥]، وهو سبحانه وتعالى بعباده خبير بصير، يعلم ما يسعدهم وما يشقيهم، فالعمل بشريعة الله أمر مفروض وواجب محتم من قبل الله تعالى - على أولياء أمور المسلمين، ويجب عليهم تطبيق هذه الشريعة على رعيتهم، فإن فعلوا فلهم الأجر والثواب، وإن تركوا فأمامهم قول رسول الله - ﷺ - : «كلكم راع وكل راع مسؤول عن رعيته».

وفي ختام هذا البحث أضرع إلى الله تعالى أن يوفق ولاة أمور المسلمين إلى العودة إلى كتاب الله وسنة رسوله، حتى ينهضوا ويتقدموا ويقودواويسعدوا في دنياهم وأخراهم، إنه على ما يشاء قدير،،.

الهوامش

(١) أنظر المنجد في اللغة والأدب والعلوم ص ٣٨٢.
(٢) الآية ١٨ من سورة الجاثية.
(٣) أنظر تاريخ الفقه الإسلامي للشيخ علي السايس.
(٤) الآية ١٣ من سورة الشورى.
(٥) الآيات من ١ : ٥ من سورة البقرة.
(٦) الآية ٤٤ من سورة النحل.
(٧) الآية ٢٠ من سورة المزمل.
(٨) الآية ١٠٣ من سورة التوبة.
(٩) الآية ١٤١ من سورة الأنعام.
(١٠) الآية ٩٢ من سورة المائدة.
(١١) الآية ٨٠ من سورة النساء.
(١٢) الآية ٧ من سورة الحشر.
(١٣) الآية ٢٥٧ من سورة البقرة.
(١٤) الآية ٤٨ من سورة النساء، ١١٦ من نفس السورة.
(١٥) الآية ٧٢ من سورة المائدة.
(١٦) الآية ٢٥ من سورة الأنبياء.
(١٧) الآية ٥٦ من سورة الذاريات.
(١٨) الآية ٤٨ من سورة المائدة.
(١٩) الآية ١٣ من سورة الشورى.
(٢٠) أنظر مشكاة المصابيح من جـ ص ٣٣٢ ورقم الحديث ٣٧٣٢، وبلوغ المرام ص ٢٨٨ ورقمه ١٤١٣.
(٢١) أنظر في ذلك إعلام الموقعين ص ٢٤٥ ج ١.
(٢٢) الآية ٤٠ من سورة الأحزاب.
(٢٣) الآية ٢٨ من سورة سبأ.
(٢٤) الآية ١٠٧ من سورة الأنبياء.
(٢٥) الآيتان ٤٥، ٤٦ من سورة الأحزاب.
(٢٦) أنظر تفسير الجلالين للآية ٨٩ من سورة النحل.

(٢٧) الآية ٢٨ من سورة الفتح.
(٢٨) الآية ١٠٨ من سورة يوسف.
(٢٩) مجموعة التوحيد للشيخ محمد بن عبد الوهاب ص ٢٣٠.
(٣٠) أنظر كتاب التوحيد الذي هو حق الله على العبيد للشيخ محمد بن عبد الوهاب في مجموعة التوحيد ص ٢٣٠ طبع منشورات المكتب الإسلامي في دمشق، ونيل الأوطار ص ٢٣١ وما بعدها ج ٧.
(٣١) الآية ١٥ من سورة الإسراء.
(٣٢) الآية ١٢٥ من سورة النحل.
(٣٣) الآية ١٣٤ من سورة طه.
(٣٤) أنظر بدائع الصنائع ص ١٠٠ ج ٧.
(٣٥) الآيات ١٨، ١٩، ٢٠ من سورة الجاثية.
(٣٦) أنظر تفسير الجلالين للآيات المذكورة في سورة الجاثية (بتصرف).
(٣٧) الآية ٥٠ من سورة المائدة.
(٣٨) الآيات من ٤٤ إلى ٥٠ من سورة المائدة.
(٣٩) أنظر جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم ص ٧١.
(٤٠) الآية ٥ من سورة التوبة.
(٤١) الآية ١١ من سورة التوبة.
(٤٢) الآية ٢٥٦ من سورة البقرة.
(٤٣) أنظر تفسير الطبري ص ٤٠٧ ج ٥.
(٤٤) أنظر صفوة البيان لمعاني القرآن ص ٨٤ للشيخ حسانين مخلوف.
(٤٥) أنظر تفسير الطبري ص ٤٠٨ ج ٥.
(٤٦) الآية ٩٩ من سورة يونس.
(٤٧) أنظر تفسير الكشاف ص ٢٣١ ج ١.
(٤٨) أنظر تفسير النسفي ص ١٠١ ج ١.
(٤٩) الآية ٢٩ من سورة الكهف.
(٥٠) أنظر صفوة البيان لمعاني القرآن ص ٨٤.
(٥١) أنظر تفسير الطبري ص ٤١٦ ج ٥.
(٥٢) صفوة البيان لمعاني القرآن ص ٨٤.
(٥٣) الآية ١٩٣ من سورة البقرة.
(٥٤) أنظر جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم ص ١٩ وما بعدها.
(٥٥) الآيتان ١، ٢ من سورة هود.
(٥٦) الآية ٣٩ من سورة الأنفال.
(٥٧) الآيتان ٢، ٣ من سورة الزمر.
(٥٨) الآية ٥ من سورة البينة.
(٥٩) أنظر مجموعة التوحيد (الرسالة الثامنة للشيخ محمد بن عبد الوهاب ص ٢٠٤ وما بعدها.
(٦٠) أنظر قليوبي وعميرة ص ١٧٤ ج ٤.
(٦١) أنظر كتاب الأم للإمام الشافعي ص ٢٠٢ ج ٤.

(٦٢) الاية ٧٨ من سورة غافر .
(٦٣) الآيات ١٦٣ إلى ١٦٥ من سورة النساء .
(٦٤) الآية ٢٨٥ من سورة البقرة .
(٦٥) الآية ١٥١ من سورة الأنعام .
(٦٦) الآية ٩٣ من سورة النساء .
(٦٧) نيل الأوطار ص ٥ ج ٧ .
(٦٨) الآيتان ١٧٨، ١٧٩ من سورة البقرة .
(٦٩) أنظر في ذلك منار السبيل في شرح الدليل ص ٣١٥ ج ٢ . والحقة : هي الناقة التي أتمت ثلاث سنين ودخلت في الرابعة، والجذعة، هي التي أتمت أربع سنين ودخلت في الخامسة، والخلفة : هي الناقة الحامل .
(٧٠) الآية ٢٣٧ من سورة البقرة .
(٧١) أنظر نيل الأوطار ص ٢٩ ج ٧ .
(٧٢) الآية ٩٢ من سورة النساء .
(٧٣) منار السبيل في شرح الدليل ص ٣٣٣ ج ٢ .
(٧٤) أنظر في ذلك كتاب الموطأ ص ٥٣٠، وبلوغ المرام من أدلة الأحكام ص ٢٤٩ ورقم الحديث ١٢٠٥ .
(٧٥) الآية ٣ من سورة النساء .
(٧٦) الآية ٣٢ من سورة النور .
(٧٧) الآية ٢١ من سورة الروم .
(٧٨) الآية ٧٢ من سورة النحل .
(٧٩) الآية ٧٧ من سورة القصص .
(٨٠) أنظر سبل السلام ص ١١٦ ج ٣ .
(٨١) أنظر نيل الأوطار ص ٩٩ ج ٦ .
(٨٢)،(٨٣) أنظر بلوغ المرام من أدلة الأحكام ص ٢١٧ ورقم الحديث ١٠٦٤ .
(٨٤) أنظر بلوغ المرام من أدلة الأحكام ص ٢٠٠ ورقم الحديث ٩٩٣ .
(٨٥) الآيتان ٣٠، ٣١ من سورة النور .
(٨٦) أنظر نيل الأوطار ص ١١١ ج ٦ .
(٨٧) الآية ٢ من سورة النور .
(٨٨) أنظر منار السبيل في شرح الدليل ص ٣٦٥ ج ٢ .
(٨٩) الآية ٣٢ من سورة الإسراء .
(٩٠) مشكاة المصابيح ص ٢٢ ج ١ ورقم الحديث ٤٩ .
(٩١) الآية ٢٣ من سورة النور .
(٩٢) الآية ٤ من سورة النور .
(٩٣) الآية ٢٧٥ من سورة البقرة .
(٩٤) الآيتان ٢٧٨، ٢٧٩ من سورة البقرة .
(٩٥) الآية ٢٧٦ من سورة البقرة .
(٩٦) أنظر بلوغ المرام من أدلة الأحكام ص ٦٢٠ ورقم الحديث ٦٢١ .

(٩٧) الآيتان ٣٤، ٣٥ من سورة التوبة.
(٩٨) أنظر في ذلك بحثنا في القروض المصرفية في ضوء الشريعة الإسلامية إذا أردت المزيد.
(٩٩) الآيتان ٣٨، ٣٩ من سورة المائدة.
(١٠٠) أنظر بلوغ المرام من أدلة الأحكام ص ٢٦١ ورقم الحديث ١٢٥٦.
(١٠١) نفس المصدر السابق.
(١٠٢) الآيتان ٣٣، ٣٤ من سورة المائدة.
(١٠٣) أنظر تفسير الجلالين ص ٩٣، وقليوبي وعميرة ص ١٩٨ ج ٤، وبدائع الصنائع ص ٩٣ ج ٧.
(١٠٤) مشكاة المصابيح ج ٢ ورقم الحديث ٣٥٢٠.
(١٠٥) أنظر في ذلك المغني والشرح الكبير ص ٣١٣ وما بعدها ج ١٠.
(١٠٦) أنظر المنجد في اللغة والآداب والعلوم ص ٥٠٣.
(١٠٧) أنظر كتاب التنبيه للشيرازي وتصحيحه للإمام النووي ص ١٤٣.
(١٠٨) أنظر سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام ص ٥٣ ج ٤.
(١٠٩) نفس المصدر السابق ص ٥٤ ج ٤.
(١١٠) سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام ص ٣٠ ج ٤.
(١١١) أنظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد ص ٤٤٦ ج ٢.
(١١٢) الآية ٧٠ من سورة الإسراء.
(١١٣) الآيتان ٧٢، ٧٣ من سورة الأحزاب.
(١١٤) أنظر في هذا المعنى تفسير الجلالين للآيتين الكريمتين ص ٣٥٨.
(١١٥) الآيتان ٩٠، ٩١ من سورة المائدة.
(١١٦) أنظر سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام ص ٤٧ وما بعدها ج ٤.
(١١٧) أنظر مشكاة المصابيح ص ٧٧ ج ٢.
(١١٨) أنظر في ذلك بداية المجتهد ونهاية المقتصد ص ٤٤٤ ج ٢، ومنار السبيل في شرح الدليل ص ٣٧٨ ج ٢، وكتاب التنبيه للشيرازي وتصحيحه للإمام النووي ص ٤٣، ونيل الأوطار ص ١٣٨، ١٤٤ ج ٧.
(١١٩) مشكاة المصابيح ص ٣٠٥ ج ٢ ورقم الحديث ٣٦٢١.
(١٢٠) نفس المصدر ص ٣٠٦ ورقم الحديث ٣٦٢٣.
(١٢١) نيل الأوطار ص ١٤١ ج ٧.
(١٢٢) الآية ١٠٥ من سورة التوبة.
(١٢٣) أنظر في هذا المعنى بحث تطبيق الشريعة الإسلامية في العالم الإسلامي للدكتور عبد الناصر توفيق العطار ص ٨٠.
(١٢٤) الآية ٧٤ من سورة إبراهيم، ١٨ من سورة النحل.
(١٢٥) الآية ١٨٥ من سورة البقرة.

زكاة حلي النساء
والأواني، والتحف الذهبية والفضية

بقلم
الأستاذ الدكتور / محمد رأفت عثمان*



كان الذهب ولا يزال أحد المعادن الثمينة التي تهفو إليها نفوس الناس، للتزين به، أو لمجرد الاستحواذ عليه، أو لاستعماله في الأواني المنزلية، كالأطباق، والملاعق، والسكاكين، أو اتخاذه لتزيين البيوت، وخيلاً، وظهوراً بمظهر الترف والعظمة.

ولم يجىء الإسلام متصادماً مع طبائع الناس الغالبة، وإنما راعى هذه الطبائع، وأتى بالأحكام التي تهذبها وتسمو بها، فلما كانت المرأة بطبيعتها التي خلقها الله عليها، تحب التزين، وهي محتاجة إليه، لتزداد بهاء وجمالاً في نظر زوجها، فإن الإسلام أقرها على هذا، وأباح لها أن تتزين بالذهب، وغيره من اللالىء، والجواهر، والأحجار الكريمة، وفي ذلك إشباع لحاجة المرأة الأصلية. وفي الوقت نفسه حرم على الرجل أن يتحلى بالذهب، لأنه لا تدعو إليه الحاجة عند الرجال، بخلاف النساء، فحاجة المرأة إلى التزين لزوجها قد تدعو إلى ذلك، وقد ثبت أن رسول الله ﷺ أمسك بقطعة من ذهب، وبقطعة من حرير، وبين أنهما حلال للنساء، حرام على الرجال.

هذا، ومن المعلوم من الدين بالضرورة أن الزكاة هي أحد أركان الإسلام الخمسة، وقد أوجبها الله تبارك وتعالى في الذهب والفضة، سواء أكانا على هيئة النقود، أو غيرها، أوكانا سبائك، أو قطعاً غير مضروبة، أو أدوات للأكل والشرب، كالأطباق، والأكواب، والملاعق، والسكاكين، أو كانا تماثيل، أو تحفاً.

ولم يطلق الشرع وجوب الزكاة في الذهب والفضة في أي مقدار، حتى لو كان قليلاً جداً، بل بين لذلك حداً أدنى لكل منهما، هو الذي تجب الزكاة فيه إذا بلغ هذا الحد الأدنى، وهو ما يسمى في اصطلاح الفقهاء بنصاب الذهب ونصاب الفضة.

ونصاب الذهب أن يبلغ عشرين مثقالاً (ديناراً، لأن المثقال هو الدينار) ونصاب الفضة أن يبلغ مائتي درهم[1]، وسنبين إن شاء الله تعالى فيما سيأتي في هامش البحث مقدار كل من العشرين مثقالاً والمائتي درهم بالجرامات.

وقد بين علماؤنا رضي الله عنهم أن غير الذهب والفضة من اللآلىء والجواهر لا تجب فيه الزكاة، وذلك لأنه لم ترد نصوص في الشرع توجب الزكاة في شيء من ذلك، والمدار في الزكاة على ورود النص، ولا مدخل للقياس فيها، فلايصح أن نقيس شيئاً لم

يرد النص بوجوب الزكاة فيه على شيء ورد النص بإيجابها فيه[٢].

وأما المصوغ من الذهب أو الفضة، فإما أن يكون كل منهما معداً للقنية، أو معداً للاستعمال. فإن كان معداً للقنية وجبت فيه الزكاة؛ لأنه مرصد للنماء، فيكون الحكم فيه من ناحية الزكاة مثل غير المصوغ.

وأما إن كان معداً للاستعمال، فإما أن يكون استعماله محرماً، أو مكروها، أو مباحاً.

فإن كان استعماله محرماً، أو مكروهاً، فتجب فيه الزكاة.

والاستعمال المحرم، كأواني الذهب والفضة، والملاعق، والسكاكين، والمكاحل المصنوعة من أحدهما ـ سواء كان المستعمل لها رجلاً أو امرأة[٣] والتحف المصنوعة كذلك من الذهب أو الفضة للرجل أو للمرأة، والسوار[٤]، أو الخاتم إذا كان كل منهما من الذهب واتخذه الرجل لنفسه، وذلك لأنه ـ كما بينا سابقاً ـ يحرم على الرجال لبس الذهب، وإنما أبيح للنساء؛ لأنهن يحتجن إليه في الزينة، ولا يباح الذهب للرجال إلا ما دعت إليه الضرورة، وذلك كمن قطعت أنفه يباح له أن يتخذ أنفا من ذهب، ويدل على ذلك ما رواه أبو داود، عن عبد الرحمن بن طرفة، أن جده عرفجة بن سعد، قطع أنفه يوم الكلاب (بضم الكاف)[٥] فاتخذ أنفاً من ورق (أي من فضة) فأنتن عليه، فأمره النبي ﷺ، فاتخذ أنفا من ذهب.

وقال الإمام أحمد بن حنبل: ربط الأسنان بالذهب إذا خشي عليها أن تسقط قد فعله الناس، يريد أن هذا حلال لا شيء فيه.

وروي عن الحسن البصري، والزهري، والنخعي أنهم رخصوا فيه[٦].

وقاس الشافعية على الأنف ـ وقد رخص فيه النبي ـ ﷺ ـ قاسوا عليه الأنملة[٧]، والسن، فيجوز عند الشافعية لمن قطعت أنملته أن يتخذ بدلها من الذهب، ولو لكل اصبع، وكذلك يجوز عندهم لمن قلعت سنه أن يتخذ سنا من ذهب، وإن تعددت[٨]، ولا يجب عليه زكاة في ذلك.

وأما الخاتم من الفضة فيجوز للرجل أن يلبسه باتفاق علماء الأمة الإسلامية، وسواء أكان لبسه في اليد اليمنى أم في اليد اليسرى، بل بين العلماء أن لبس الخاتم المتخذ من الفضة يعد من السنة، للاقتداء بالرسول ﷺ، وذلك لأنه ثبت أنه ﷺ اتخذ خاتماً من فضة، وبين العلماء أن لبسه في اليمين أفضل من اليسار، ومن السنة أن يجعل الفص مما يلي الكف، وكذلك بين العلماء أنه لا يكره للمرأة أن تلبس الخاتم من الفضة[٩].

وكذلك يحرم ما يتحلى به الرجل من حلي المرأة، كالسلسلة، والسوار ويحرم ما تتحلى به المرأة من الحلي الخاص بالرجال، كقبضة السيف المعد للجهاد، والمنطقة (بكسر الميم وهي ما يشد بها الوسط) وذلك لأن تشبه الرجال بالنساء حرام، وكذلك تشبه النساء بالرجال، للحديث الصحيح، أن رسول الله ﷺ قال: «لعن الله المتشبهين

بالنساء من الرجال، والمتشبهات من النساء بالرجال».

ووجه الدلالة من هذا الحديث الشريف أن اللعن لا يكون إلا على ارتكاب شيء محرم، فلو لم يكن هذا الفعل - وهو تشبه أي النوعين بالآخر - حراماً لما حدث اللعن من رسول الله ﷺ، لأنه صلى الله عليه وسلم لا يلعن أحداً على فعل شيء مباح[١٠].

والاستعمال المكروه كضبة الإناء إذا كانت الضبة من فضة وهي صغيرة ولكنها ليست لحاجة الإناء إلى ذلك، بل للزينة، أو كانت كبيرة من الفضة كذلك لكنها للحاجة.

ففي الحالتين: حالة الاستعمال المحرم، وحالة الاستعمال المكروه تجب الزكاة، وذلك لأنه عدل به عن أصله بفعل غير مباح، فسقط حكم فعله وبقي على حكم الأصل، وقد نقل العلماء إجماع الأمة الإسلامية على أن المتخذ من الذهب والفضة من حلي وغيره إذا كان استعماله محرماً أو مكروهاً تجب فيه الزكاة[١١].

ولم نجد فيما اطلعنا عليه من مصادر من يرى عدم وجوب الزكاة في الحلي المحرمة إلا الشيعة الجعفرية، فعندهم لا تجب الزكاة في الحلي مطلقاً، سواء كان الحلي جائزاً كالسوار للمرأة، وحلية السيف للرجل، أو حراما كخواتم الذهب للرجال، والمنطقة للمرأة، وكالاواني المتخدة من الذهب أو الفضة لو كانت للرجل أو للمرأة، قرر هذا صاحب شرائع الإسلام في الفقه الاسلامي الجعفري، ثم نقل رأيا بصيغة التضعيف، فقال: «وقيل يستحب فيه الزكاة»[١٢] لكن رأي الجعفرية هذا لا يعد طاعنا في حصول الإجماع لأن خلاف الشيعة لا يقدح في الاجماع.

وأما إن كان استعماله مباحا، مثل حلي النساء[١٣]، وخاتم الفضة للرجال، فقد اختلف العلماء في ذلك على عدة آراء أشهرها رأيان:

الرأي الأول: لا تجب الزكاة فيه، وهذا الرأي مروي عن عبد الله بن عمر بن الخطاب، وجابر بن عبد الله، وأنس بن مالك، وعائشة، وأسماء بنت أبي بكر، رضي الله عنهم، وبه قال القاسم، والكعبي، وقتادة، ومالك، وأبو عبيد، وإسحاق بن راهويه، وأبو ثور، وابن المنذر، وهذا هو أحد قولين مشهورين للشافعي، وهو الأصح عند فقهاء الشافعية، وهو ظاهر المذهب في فقه الحنابلة، وقال السرخسي وغيره: وبه قال أكثر أهل العلم[١٤].

الرأي الثاني: تجب فيه الزكاة، وهذا الرأي مروي عن عمر بن الخطاب، وعبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمرو بن العاص، وسعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير، وعطاء، ومجاهد، وعبد الله بن شداد، وأبو حنيفة وداود بن علي الظاهري[١٥]. وهذا الرأي استخار الله فيه الشافعي واختاره[١٦].

أدلة الرأي القائل بأنه لا تجب في الحلي المباح زكاة

الدليل الأول : ما رواه مالك في الموطأ، عن عبد الرحمن بن القاسم، عن أبيه، عن عائشة رضي الله عنها، إنها كانت تلي بنات أخيها يتامى في حجرها، لهن الحلي، فلا تخرج منه الزكاة.

الدليل الثاني : ما رواه الدارقطني بإسناده، عن أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما، أنها كانت تحلي بناتها الذهب ولا تزكيه نحو من خمسين ألفاً.

المناقشة : أجيب عن حديث عائشة، وحديث أسماء، بأن هذا موقوف على عائشة وأسماء، وليسا حديثين مرفوعين إلى رسول الله ﷺ، وهذا الموقوف معارض بمثله، فعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أنه كتب إلى أبي موسى الأشعري: «أن مر من قبلك من نساء المسلمين أن يزكين حليهن» رواه ابن أبي شيبة.

وعن عبد الله بن مسعود، قال: في الحلي الزكاة، رواه عبد الرازق.

وعن عبد الله بن عمرو أنه كان يكتب إلى خازنه سالم أن يخرج زكاة حلي بناته كل سنة، رواه الدارقطني.

وروي ابن أبي شيبة عن عبد الله بن عمرو أنه كان يأمر نساءه أن يزكين حليهن[١٧].

ويمكن أن يجاب على هذا بأن أبا عبيد قال: «ولم تصح زكاة الحلي عندنا عن أحد من الصحابة إلا عن ابن مسعود[١٨].

وما روى عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى أبي موسى: أن مر من قبلك من نساء المسلمين أن يصدقن حليهن.

لا يثبت عن عمر، ولذلك نجد ابن أبي شيبة يروي عن الحسن البصري قال: لا نعلم أحداً من الخلفاء قال: في الحلي زكاة[١٩].

وقال البيهقي عن حديث كتابة عمر إلى أبي موسى: «أن مر من قبلك من نساء المسلمين أن يصدقن حليهن». قال البيهقي: «هذا مرسل»، شعيب بن يسار لم يدرك عمر[٢٠].

ومما يدل على أن عدم وجوب الزكاة في الحلي كان شائعاً بين الصحابة والتابعين، ما قاله يحيى بن سعيد: سألت عمرة عن زكاة الحلي، فقالت: ما رأيت أحداً يزكيه[٢١].

الدليل الثالث : ما روى عافية بن أيوب، عن الليث بن سعد، عن أبي الزبير، عن

جابر بن عبد الله، عن النبي ﷺ قال: «ليس في الحلي زكاة»[٢٢].

المناقشة: أجيب بأن هذا الحديث باطل لا أصل له، وإنما هو مروي عن جابر من قوله غير مرفوع إلى رسول الله ﷺ[٢٣].

الدليل الرابع: أن الحلي المباح مرصد للاستعمال المباح، فلا تجب فيه الزكاة، قياساً على العوامل[٢٤] من الإبل والبقر أي التي تعمل في السقي والحرث ونحو ذلك، وثياب القنية، أي الثياب التي يقتنيها الإنسان[٢٥].

الدليل الخامس: ما رواه البيهقي بإسناده الصحيح، عن الشافعي، قال: أخبرنا سفيان، عن عمروا بن دينار، قال: سمعت رجلاً يسأل جابر بن عبد الله. عن الحلي، أفيه زكاة؟ فقال جابر: لا، فقال: وإن كان يبلغ ألف دينار فقال جابر: كثير[٢٦].

الدليل السادس: ما رواه البخاري، والترمذي، وغيرهما أن رسول الله ﷺ قال: «يا معشر النساء تصدقن ولو من حليكن».

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن الزكاة لو كانت واجبة في الحلي لما ضرب الرسول ﷺ المثل به في صدقة التطوع من المستحسن أن نقول مثلا تصدق ولو من الإبل السائمة، أو تصدق ولو من القمح الذي أنتجته أرضك، لأن الصدقة واجبة في هذه الأشياء، وإنما يقال مثلاً: تصدق ولو من لبن بقرتك، أو تصدق ولو من طعامك وما ماثل هذا من الأشياء التي لا تجب الزكاة فيها، فلما قال رسول الله ﷺ للنساء: «تصدقن ولو من حليكن» فإن هذا - كما قال ابن العربي - «يوجب بظاهره أن لا زكاة في الحلي... ولو كانت الصدقة فيه واجبة لما ضرب المثل به في صدقة التطوع»[٢٨].

أدلة الرأي القائل بوجوب الزكاة في الحلي المباح

الدليل الأول: قول الله تبارك وتعالى: «والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم».

ووجه الاستدلال بالآية الكريمة أنها ألحقت الوعيد الشديد بكنز الذهب والفضة وعدم إنفاقهما في سبيل الله، ولم تفصل الآية الكريمة بين الحلي وغيره، فكان حكم الحلي وغيره سواء، وكل مال لم يؤد صاحبه زكاته فهو كنز، لما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «كل مال أديت الزكاة عنه فليس بكنز، وإن كان تحت سبع أرضين، وكل مال لم تؤد الزكاة عنه فهو كنز وإن كان على وجه الأرض» فكان تارك الزكاة منه كانزاً، فيدخل تحت الوعيد، ولا يلحق الوعيد إلا بترك أمر واجب شرعاً[١].

الجواب عن هذا الدليل

إن إطلاق الكنز على الحلي المتخذ للاستمتاع بعيد، كما قال الدهلوي[٢٩]. إنما المراد من الآية الكريمة الذهب والفضة اللذان من شأنهما أن ينفقا، يدل على ذلك قول الله تعالى في الآية الكريمة «ولا ينفقونها» والإنفاق لا يكون إلا في النقود، لا في الحلي، لأن الحلي تتخذ للزينة والاستمتاع لا للإنفاق، إذ لم يوجب أحد إنفاق الحلي المباح إلا في حالة الضرورة التي تقدر بقدرها[٣٠].

الدليل الثاني: أن الحلي مال فاضل عن حاجة الإنسان الأصلية، فكان نعمة لحصول التنعم به، فيلزم صاحب الحلي ان يشكر الله عز وجل على هذه النعمة، وشكر الله عز وجل يكون بإخراج جزء منها للفقراء[٣١].

الجواب عن هذا الدليل

ويمكننا أن نجيب عن هذا الاستدلال بأننا لا نسلم أن كل مال فاضل عن الحاجة الأصلية تجب فيه الزكاة، بدليل أن الجواهر واللآلىء والأحجار الكريمة لا زكاة فيها عند أحد من أهل العلم، كما قرر ذلك ابن قدامة[٣٢]. مع أنها مال فاضل عن الحاجة الأصلية لأنها تعد للتجمل والتزين، والإعداد للتجمل والتزين دليل على أنها تزيد عن الحاجة الأصلية، بل ليست مالاً عادياً، فهي مال عظيم له قيمة كبيرة أعلى من قيمة الذهب والفضة، فلو صح القول بأن كل مال فاضل عن الحاجة الأصلية يلزم صاحبه إخراج الزكاة عنه لوجبت الزكاة في الجواهر واللآلىء والأحجار الكريمة، وهذا ما لم يقل به أحد من أهل العلم، أي أن النتيجة التي قالوها غير صحيحة، وما أدى إلى هذه النتيجة غير الصحيحة يكون غير صحيح.

الدليل الثالث: العموم المستفاد من قوله ﷺ: «في الرقة ربع العشر، وليس فيما دون خمس أوراق صدقة».

فإن مفهومه يفيد أن فيها صدقة إذا بلغت خمس أواق[٣٣].

وأجاب ابن قدامة بأن هذا لا يتناول محل النزاع، وذلك لأن الرقة هي الدراهم المضروبة، ونقل ابن قدامة قول أبي عبيد: «لا نعلم هذا الاسم في الكلام المعقول عند العرب إلا على الدراهم المنقوشة ذات السكة السائرة في الناس، قال: وكذلك الأواقي ليس معناها إلا الدراهم كل أوقية أربعون درهماً»[٣٤].

وقال الشوكاني[٣٥]: «ولا يصح استدلال من استدل على وجوب الزكاة في الحلية بما ورد من ذكر الزكاة في الورق والزكاة في الرقة في الأحاديث، لأنه قد ثبت في كتب اللغة ـ الصحاح، والقاموس وغيرهما ـ أن الورق، والرقة اسم للدراهم المضروبة، فلا يصح الاستدلال بهذين اللفظين على وجوب الزكاة في الحلية».

ثم قال الشوكاني: «بل هما يدلان بمفهومهما على عدم وجوب الزكاة في الحلية، بما

ثبت في الصحيحين وغيرهما، من حديث أبي سعيد مرفوعاً بلفظ: «ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة» وأخرجه مسلم أيضاً من حديث جابر.

«ووجه عدم صحة الاستدلال بهذا أنه قد بينه بقوله: «من الورق» والورق هي الدراهم المضروبة كما عرفت، فلا تدخل في ذلك الحلية، بل مفهوم الحديثين يدل على عدم وجوبها في الحلية».

الدليل الرابع: ما رواه أبو داود، وغيره، عن أبي كامل الجحدري، عن خالد بن الحارث، عن حسين المعلم، عن عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده، أن امرأة[٣٦] أتت النبي ﷺ، ومعها ابنة لها، وفي يد ابنتها مسكتان[٣٧] غليظتان من ذهب، فقال لها: أتعطين زكاة هذا؟ قالت: لا، قال: أيسرك أن يسورك الله بهما يوم القيامة سوارين من نار؟ فخلعتهما، فألقتهما إلى النبي ﷺ، وقالت: هما لله ولرسوله.

قال النووي: وهذا إسناد حسن[٣٨].

المناقشة: روى الترمذي هذا الحديث من رواية ابن لهيعة عن عمر بن شعيب، عن أبيه، عن جده، ثم قال الترمذي: هذا رواه المثني بن الصباح، عن عمرو بن شعيب، والمثني وابن لهيعة ضعيفان، قال: ولا يصح في هذا الباب عن النبي ﷺ شيء.

هذا ما قاله الترمذي، لكن النووي بين أن التضعيف الذي ضعفه الترمذي بناء على انفراد ابن لهيعة والمثنى بن الصباح به، قال النووي: وليس هو مفرداً بل رواه أبو داود وغيره من رواية حسين المعلم، عن عمرو بن شعيب، وحسين ثقة بلا خلاف، روى له البخاري ومسلم[٣٩].

وقد أجاب أبو عبيد عن هذا الحديث بقوله: «فأما الحديث المرفوع الذي ذكرناه أول هذا الباب حين قال للمرأة اليمانية ذات المسكتين من ذهب: أتعطين زكاته؟ فإن هذا الحديث لا نعلمه يروي إلا من وجه واحد بإسناد قد تكلم الناس فيه قديماً وحديثاً، فإن يكن الأمر على ما روى، وكان عن رسول الله ﷺ محفوظاً، فقد يحتمل معناه أن يكون أراد بالزكاة العارية، كما فسرته العلماء الذين ذكرناهم: سعيد بن المسيب، والشعبي، والحسن، وقتادة في قولهم: «زكاته عاريته».

«ولو كانت الزكاة في الحلي فرضاً، كفرض الرقة لما اقتصر النبي ﷺ من ذلك على أن يقوله لامرأة يخصها به عند رؤية الحلي عليها دون الناس، ولكان هذا كسائر الصدقات الشائعة المنتشرة عنه في العالم من كتبه وسننه، ولفعلته الأئمة بعده، وقد كان الحلي من فعل الناس في آباد الدهر، فلم نسمع له ذكراً في شيء من كتب صدقاتهم»[٤٠].

وأجاب القاضي أبو الطيب عن هذا الحديث أيضاً: بأن الحلي كان في أول الإسلام محرماً على النساء، وكذا نقله البيهقي وغيره.

وأجاب بعض العلماء أيضاً بأن الرسول ﷺ لم يحكم على الحلي مطلقاً بوجوب

الزكاة، وإنما حكم على فرد خاص منه، وهو قوله هذا، لأنه كان فيه سرف، ويدل على أن السرف كان متحققا قول الراوي: «غليظتان» ونحن نسلم أن الحلي الذي يكون فيه سرف يحرم لبسه، وتجب فيه الزكاة[٤١].

الدليل الخامس: ما رواه أبو داود - واللفظ له - والدارقطني، والحاكم، والبيهقي، عن عائشة رضي الله عنها قالت: دخل علي «رسول الله ﷺ، فرأى في يدي فتخات[٤٢] من ورق[٤٣]. فقال: ما هذا يا عائشة؟ فقالت: صنعتهن أتزين لك يا رسول الله، قال: أتؤدين زكاتهن؟ قالت: لا، أو ما شاء الله، قال: هو حسبك من النار.

المناقشة:

أولاً: أعلّ الدارقطني هذا الحديث بأن أحد رواته مجهول، وهو محمد بن عطاء. وقد أجاب البيهقي، وابن القطان على هذا بأنه محمد بن عمرو بن عطاء، أحد الثقات، ولكن لما نسب في سند الدارقطني إلى جده ظن أنه مجهول[٤٤].

ثانياً: أجاب بعض الباحثين[٤٥] عن الاستدلال بهذا الحديث، بأن في إسناده يحيى بن أيوب الغافقي، ويحيى هذا قد احتج به البخاري، ومسلم، وغيرهما، ولكن قال الذهبي: قال فيه ابن معين: صالح الحديث[٤٦]، وقال أحمد: سيء الحفظ، وقال ابن القطان وأبو حاتم: لا يحتج به، ليس بالقوى، وقال الدارقطني: في بعض حديثه اضطراب، وذكر له عدة مناكير.

وإذا كانت هذه منزلة هذا الراوي عند أئمة الجرح والتعديل فإن حديثه لا يصلح للاحتجاج به في المسائل الخلافية، وبخاصة وأنه قد صح عن عائشة رضي الله عنها العمل بخلاف هذا الحديث.

الدليل السادس: ما رواه أبو داود بإسناد حسن، ورواه الدارقطني، وصححه الحاكم، من أم سلمة، قالت: كنت ألبس أوضاحاً[٤٧] من ذهب، فقلت: يا رسول الله، أكنز هو[٤٨]؟ فقال: ما بلغ أن تؤدي زكاته فزكي فليس بكنز»[٤٩].

المناقشة: يجاب عن هذا الحديث[٥٠] بأنه تفرد به ثابت بن عجلان، عن عتاب بن بشير، كما قال البيهقي - وكلاهما لا يوثق به ثقة مطلقة، فقد اختلف فيهما قول أئمة النقد ما بين موثق ومضعف، ومتوقف.

فأما عتاب بن بشير، فقد قال فيه المنذري: أخرج له البخاري، وتكلم فيه غير واحد.

وقال الذهبي في الميزان في ترجمته: «وقال أحمد: أرجو ألا يكون به بأس، أتى عن خصيف بمناكير، أراها من قبل خصيف، وقال النسائي: ليس بذاك في الحديث، وقال ابن المديني كان أصحابنا يضعفونه، وقال ابن معين: ثقة، وقال مرة: ضعيف، وقال

علي : ضربنا على حديثه، وقال ابن عدي : أرجو أنه لا بأس به[٥١].

ويتبين من هذه النقول عن كبار من أئمة الجرح والتعديل أنه لم يجزم واحد من هؤلاء الأئمة بتوثيق عتاب بن بشير، وفيهم من جزم بضعفه.

وهنا قد يقول قائل إن البخاري أخرج لعتاب بن بشير، ومعنى هذا أن عتاب بن بشير ثقة عند البخاري، وهذا يكفي في الأخذ بحديثه، والجواب أننا نسلم أن البخاري أخرج لعتاب بن بشير، لكن منهج البخاري ومسلم أنهما إذا أخرجا لأحد الرواة الذين تكلم فيهم، فإنهما لا يرويان عنه ما انفرد به، بل ينتقيان من أحاديثه ما توبع عليه، وعلم أن له أصلاً.

وقد ذكر الحافظ ابن حجر عن عتاب بن بشير أنه ليس له في البخاري إلا حديثان : أحدهما توبع عليه، والثاني ذكره مقروناً بغيره.

وقال الحافظ الزيلعي في «نصب الراية» : صاحبا الصحيح إذا أخرجا لمن تكلم فيه فإنما ينتقيان من حديثه ما توبع عليه، وظهرت شواهده، وعلم أنه له أصلاً، ولا يرويان ما تفرد به، سيما إذا خالفه الثقات.

وأما ثابت بن عجلان الذي تفرد بهذا الحديث عن عتاب بن بشير فمع أن البخاري أخرج له أيضاً، فإنه تكلم فيه كصاحبه، فابن معين وثقه، وقال أحمد بن حنبل : أنا متوقف فيه، وقال أبو حاتم : صالح[٥٢] وذكره ابن عدي، وساق له ثلاثة أحاديث غريبة، وذكره العقيلي في كتاب «الضعفاء» وقال : لا يتابع على حديثه.. قال : فمما أنكر عليه حديث عتاب بن بشير عن عطاء عن أم سلمة، وساق الحديث الذي معنا، وقال الحافظ عبد الحق : ثابت لا يحتج به، فناقشه في قوله أبو الحسن بن القطان، وقال : قول العقيلي أيضاً فيه تحامل عليه، وقال : إنما يمر بهذا من لا يعرف بالثقة مطلقاً، أما من عرف بها فانفراده لا يضر، إلا أن يكثر ذلك منه.

وقد عقب الذهبي على ما قاله ابن القطان بقوله : «أما من عرف بالثقة فنعم، وأما من وثق، ومثل أحمد الإمام يتوقف فيه، ومثل أبي حاتم يقول : «صالح الحديث، فلا نرقيه إلى رتبة الثقة، فتفرد هذا يعد منكراً، فرجح قول العقيلي وعبد الحق».

وقد أخرج البخاري حديثاً واحداً لثابت بن عجلان في الذبائح. وله أصل عنده في الطهارة، كما قال الحافظ ابن حجر العسقلاني، وهذا كما هو معروف من منهج البخاري ومسلم ليس توثيقاً مطلقاً كما ذكر الحافظ الزيلعي، ولهذا لم يرو البخاري ولا مسلم هذا الحديث ولا أي حديث آخر في تزكية الحلي.

فتبين مما سبق أن حديث أم سلمة يدور على ثابت بن عجلان، وعتاب بن بشير، ومنزلتهما عند أئمة الجرح والتعديل لا ترقى إلى التوثيق المطلق، فمنزلتهما عند هؤلاء الأئمة ما بين موثق، ومتوقف، ومن كانت منزلته هكذا فإنه لا يحتج بروايته، في مسائل الخلاف التي نجد فيها الأدلة متعارضة، وكفتي الميزان لكل فريق متعادلة، فضلاً عن

المسائل التي تعارضها شواهد معتبرة، كما في مسألة إيجاب الزكاة في الحلي.

قال الحافظ ابن حجر في مقدمة «تهذيب التهذيب»[٥٣]. «وفائدة إيراد كل ما قيل في الرجل من جرح وتوثيق، تظهر عند المعارضة».

وهذا موجود في المسألة التي نتكلم فيها[٥٤].

الدليل السابع: إن السبب في وجوب الزكاة مال نام زائد على الحوائج الأصلية للشخص ودليل النماء موجود هنا، وهو الإعداد للتجارة خلقة، فإن الله تبارك وتعالى أعد الذهب والفضة للنماء، حيث خلقهما ثمن الأشياء في الأصل، والدليل هذا المعتبر[٥٥].

ويمكن أن يجاب عن هذا الدليل: بأن الزكاة إنما تناط بالاستغناء عن الانتفاع بالذهب والفضة، ولا تناط بجوهر الذهب أو جوهر الفضة، لأنه لا غرض في ذات الجوهر[٥٦].

الرأي المختار

أما بعد هذه المناقشات فإن الظن يميل إلى ترجيح الرأي القائل بأنه لا تجب الزكاة في الحلي المباح.

ومما يجعلنا نميل إلى اختيار هذا الرأي أن واحداً فقط من أصحاب رسول الله ﷺ هو الذي ثبت عنه ـ كما يقرر أبو عبيدة ـ أنه يرى وجوب زكاة الحلي المباح، وهو عبد الله بن مسعود، في الوقت الذي ثبت فيه أن الذين يرون عدم وجوب الزكاة في الحلي المباح، عائشة، وأسماء أختها رضي الله عنهما، ولا نتصور إلا أن تكون عائشة من أدرى الناس بحكم هذه المسألة، فهي زوج رسول الله ﷺ، ولا نشك في أنها تعمل بما علمته من رسول الله ﷺ في هذه القضية.

فغالب الظن أن تكون ما فعلته عائشة من عدم إخراج الزكاة عن حلي اليتامى اللاتي كن في حجرها، مع ما هو معروف من مذهبها وهو وجوب الزكاة في أموال اليتامى، فقد روي مالك عن عبدالرحمن بن القاسم عن ابيه أنه قال: كانت عائشة تليني وأخاً لي يتمين في حجرها، فكانت تخرج من أموالنا الزكاة (تنوير الحوالك شرح على موطأ مالك تأليف جلال الدين السيوطي جـ ١).

نقول: غالب الظن أن يكون ما فعلته عائشة من عدم إخراج الزكاة من حلي اليتامى هذا هو ما استقر عليه الحكم، ولا نتصور أن تكون عائشة التي روى عنها ما يفيد وجوب الزكاة في الحلي المباح قد نسيت هذه الرواية، فعملت بخلافها، لأن مثل هذا الحكم لا ينسى بحسب عادة الناس.

بل إن وجود رواية من أصح الطرق عن عائشة تقول بأنها لم تزك حلي بنات أخيها

اللاتي كن في حجرها، لما يشكك في صحة حديث الفتخات، وقد صرح بهذا المعنى الإمام البيهقي فقال: «إن رواية القاسم، وابن مليكة عن عائشة في تركها إخراج زكاة الحلي عن بنات أخيها - مع ما ثبت من مذهبها من إخراج زكاة أموال اليتامى - توقع ريبة في هذه الرواية المرفوعة فهي لا تخالف النبي ﷺ فيما روته إلا فيما علمت منسوخاً»[٥٧].

وإذا تردد الأمر بين عبد الله بن مسعود من ناحية، وعائشة وأختها من ناحية أخرى، فلا نتصور إلا أن نأخذ بما يروي عن عائشة في قضية مثل قضية حلي النساء، وهي قضية يغلب على ظننا أن تكون عائشة من أدرى الناس بحكمها، وأسماء كذلك لأنها أخت زوج رسول الله ﷺ.

بل إننا نجد إماماً في العلم كالشافعي رضي الله عنه يوضح رأيه في كتابه الأم، فيما روى عن ابن مسعود من إيجاب الزكاة في الحلي، قائلاً لا أدري أثبت عنه (أي عن ابن مسعود). أم لا[٥٨].

ولا يبعد أن يكون عبد الله بن مسعود يرى ذلك ورعا منه، وعملا بالاحتياط لنفسه، ولأهله في أمر لم يعرف فيه عن الرسول حكماً، فهو لم يفت الناس كافة بذلك، ولم يرو عنه أنه ألزم به الجميع، بل عمل لذلك في خاصة نفسه وبيته، فقد سألته امرأة عن طوقها الذهبي: أتؤدي زكاته؟ فيجيبها: نعم[٥٩].

وبعد، فنحب أن نذكر كلمة الشوكاني التي رجح بها الأخذ برأي القائلين بعدم وجوب الزكاة في الحلي، قال الشوكاني[٦٠]: «فلم يبق في الباب ما يصلح للاحتجاج به، ولا سيما مع ما ورد من أنه ﷺ لما بعث معاذاً إلى اليمن أمره بأن يأخذ من كل أربعين ديناراً ديناراً «وقد كان للصحابة وأهاليهم من الحلية ما هو معروف، ولم يثبت أنه ﷺ أمرهم بالزكاة في ذلك، بل كان معاذ يعظ النساء، ويرشدهن إلى الصدقة - أي صدقة النفل[٦١] - فيلقين في ثوبه من حليهن، كما هو ثابت في الصحيح، ولو كان عليهن في ذلك زكاة لأخبرهن، لأنه فعل ذلك بأمر النبي ﷺ، وكان أمرهن بما هو واجب عليهن أقدم من أمرهن بما ليس بواجب عليهن، وكان ﷺ يقول: «يا معشر النساء تصدقن فإني رأيتكن أكثر أهل النار.

هذا، وفي ختام الكلام عن هذه المسألة نحب أن نبين عدة أمور هامة:

الأمر الأول: إن العلماء بينوا أنه لو كان القصد عن اتخاذ الحلي الاكتناز والاقتناء ولم يقصد به الاستعمال، كما تفعل كثير من النساء، فتشتري حلياً من الذهب ولا تلبسه، وتقصد بشرائه أن تكون مالاً مدخراً، ينفع عند الاحتياج إلى ثمنه، فإن الزكاة تجب فيه[٦٢]. وكذلك لو وضعته في يدها حفظاً له من الضياع فالزكاة تجب فيه مادامت قد اتخذته كنزاً وادخاراً وليس حلياً تتزين به، لأنه في هذه الحال قد صار نقداً، ولم تتعلق به حاجة أصلية للمرأة[٦٣].

وقد ذكر الإمام أحمد الدردير أحد كبار علماء المالكية في القرن الثاني عشر الهجري[٦٤] عدة صور يرى أن الزكاة تجب فيها.

منها ما لو كان قد أعد الرجل حلياً للزوجة التي سيتزوجها في المستقبل، أو للبنت التي ستولد له، أو كانت المرأة قد اتخذت الحلي بعد كبرها وعدم التزين به لوقت الاحتياج إليه، أو اتخذته لمن سيوجد لها من بنت صغيرة حتى تكبر، أو أخت حتى تتزوج، فيجب فيه الزكاة مدام معداً لما ذكر من يوم اتخاذه حتى يتولاه الشخص الذي أعد له.

أو كان الحلي قد أعده الرجل ليكون مهراً لمن يريد الزواج بها، أو يريد تزويجها لأحد أبنائه[٦٥].

الأمر الثاني: ان الحلي الذي يتجاوز الحد المعتاد[٦٦]. ويبلغ حد السرف تجب فيه الزكاة والزكاة الواجبة هنا هي في جميع الحلي لا في الزيادة فقط هذا ما قاله الشافعية، وقد عللوا لهذا بأن المقتضي لإباحة الحلي للمرأة هو التزين لزوجها، ولا زينة فيما لو أسرفت، كما لو اتخذت خلخالاً وزنه مائتا دينار، بل النفس تنفر منه[٦٧].

ووجوب الزكاة في الحلي إذا تجاوزت الحد المعتاد وبلغ حد السرف هو ما نميل إليه، لكن يغلب على ظني أن الزكاة تجب في المقدار الزائد عن الحد المعتاد فقط، لا في جميع الحلي، لأن الحد المعتاد مسموح به، ومادام مسموحاً به فالزكاة في المقدار الزائد عليه، ويرى ابن قدامة أحد كبار فقهاء الحنابلة أن قليل الحلي وكثيره سواء في الإباحة والزكاة، ونقل ابن قدامة عن ابن حامد من فقهاء الحنابلة أنه قال: يباح الحلي ما لم يبلغ ألف مثقال (حوالي أربعة كيلو جراماً وربع كيلو)[٦٨]، فإن بلغها حرم وفيه الزكاة.

وقد استند قول ابن حامد إلى ما رواه أبو عبيد، والأثرم، عن عمرو بن دينار، قال: سئل جابر عن الحلي هل فيه زكاة؟ قال: لا، فقيل له: ألف دينار؟ فقال إن ذلك لكثير، وأيضاً فإن ذلك يخرج من حد الاعتدال والتوسط إلى السرف والخيلاء، ولا يحتاج إلى هذا المقدار كله في الاستعمال.

وأما ابن قدامة فقد علل لرأيه بأن الشرع أباح التحلي مطلقاً من غير تقييد، وعلى ذلك فلا يجوز أن نقيد ذلك بالرأي والتحكم، فالكثير مباح كالقليل فلا تجب الزكاة في المباح سواء كان قليلاً أو كثيراً.

وقد رد ابن قدامة على الاستدلال بحديث جابر بأنه ليس صريحاً في وجوب الزكاة، وإنما يدل على التوقف، ثم قد روى عن جابر خلاف هذا الرأي، فروى الجوزجاني بإسناده عن أبي الزبير قال: سألت جابر بن عبد الله عن الحلي فيه زكاة؟ قال: لا، قلت: إن الحلي يكون فيه ألف دينار، قال: وإن كان فيه، يعار ويلبس.

وأيضاً فإن قول جابر هو قول صحابي وقد خالفه غيره من الصحابة ممن أباحه مطلقاً من غير تقييد، فلا يبقى قول جابر حجة في هذا الموضوع، ثم قال ابن قدامة: «والتقييد بالرأي المطلق والتحكم غير جائز»[٦٩].

وهذا الموقف غريب من ابن قدامة، لأنه علل قوله بالتحريم في مسألة أخرى، وهي ما إذا موه شخص سقف بيته بالذهب أو الفضة، فبعد أن صرح بالحرمة وقرر أن فيه الزكاة، وذكر رأي الحنفية القائل بالاباحة، معللين رأيهم بأنه تابع للمباح، فيتبعه في الإباحة، بعد ذلك قال ابن قدامه: «ولنا أن هذا إسراف ويفضي فعله إلى الخيلاء، وكسر قلوب الفقراء فحرم».

ونحب أن نسأل: أليس تجاوز الحد المعتاد في الحلي كسراً لقلوب الفقراء؟!

إن الرأي الأصح عند بعض الشافعية في هذه المسألة هو أن المبالغة في السرف حرام كما لو اتخذت المرأة خلخالاً وزنه مائتا دينار، وعلل ذلك بأن المقتضي لإباحة الحلي للمرأة هو التزين لزوجها، ولا زينة في مثل ذلك بل تنفر النفس منه، وتستبشعه.

وأما إذا لم تحدث المبالغة في السرف بل حدث سرف لكنه لم يصل إلى حد المبالغة فلا يحرم لكنه يكون مكروهاً[٧٠]، والمراد بالسرف في حق المرأة أن تفعله على مقدار لا يعد مثله زينة بل تنفر منه النفس.

وأرى أن ذلك الرأي توسط في الحكم، وهو مقبول.

الأمر الثالث: أنه إن كان في حلي الذهب أو الفضة المحرم جواهر ولآلىء مرصعة، فالزكاة تجب في الحلي من الذهب والفضة فقط ولا تجب في الجوهر، لأنه لا تجب الزكاة في غير الذهب والفضة من الجواهر النفيسة واللآلىء عند أحد من أهل العلم، لأن المدار في الزكاة على ورود النص الشرعي، ولا يصح أن نقيس اللؤلؤ أو الياقوت أو غيرهما من سائر الجواهر على الذهب والفضة في وجوب الزكاة، لأنه لا مدخل للقياس في الزكاة[٧١]. فإن كانت الحلي للتجارة وليست للاستعمال فيجب أن تقوم بالنقود بما فيها من الجَواهر، ويخرج الزكاة عن الجميع، وهي ربع العشر من قيمتها، وذلك لأن الجواهر لو كانت مفردة وقصد بها التجارة وجب تقويمها وإخراج الزكاة عنها، فكذلك إذا كانت في حلي التجارة[٧٢]، ولا يخفي أن ذلك بشرط أن تبلغ قيمة ذلك وحده، أو مع بقية ماله نصاب الزكاة، أي الحد الأدنى الذي تجب فيه الزكاة[٧٣].

الأمر الرابع: لو اتخذ رجل أو امرأة حلياً مباحاً، لكنه لم يقصد به الاستعمال ولا الكنز والاقتناء، أو اتخذه ليؤجره، فبعض فقهاء الشافعية يرون وجوب الزكاة فيه والبعض الآخر يرى أنه لا تجب فيه الزكاة، وكذلك يرى بعض فقهاء المالكية أن الحلي المتخذ للإجارة لا تجب الزكاة فيه بشرط أن يكون مباحاً لمالكه أن يستعمله، كالأساور، والخلاخل، والأقراط، والعقود للمرأة، أما لو كان ذلك لرجل فإنه يجب فيه الزكاة. ويرى البعض الآخر من فقهاء المالكية أنه لو اتخذ الحلي للإجارة فلا تجب الزكاة فيه سواء كان المتخذ له رجلاً أو امرأة، وسواء كان يباح لمالكه استعماله أم لا يباح له استعماله[٧٤]. وأما الحنابلة فيرون وجوب الزكاة في الحلي المتخذ للإجارة، وقرر ابن تيمية الفقيه الحنبلي المشهور أن القول بوجوب الزكاة في الحلي الذي اتخذته المرأة

للإجارة هو قول جمهور العلماء[٧٥]. والتعليل للرأي القائل بوجوب الزكاة أنه قد أعد للنماء فكان شبيهاً بما لو اشتراه للتجارة فتجب فيه الزكاة.

والاحتجاج للرأي القائل بعدم وجوب الزكاة القياس على ما إذا كان عنده حلي قد اتخذه ليعيره لمن يحتاج إليه كما يمكن أن يحدث في الأعراس، فكما أنه لا تجب زكاة الحلي المعد للإعارة[٧٦] لا تجب الزكاة هنا ولا أثر للأجرة في إيجاب الزكاة، كما لا تؤثر أجرة الماشية العاملة في وجوب الزكاة فيها، فالماشية العاملة لا تجب الزكاة فيها حتى لو أجرها صاحبها فكذلك هنا، قال النووي: «والأصح لا زكاة فيه، صححه الماوردي والرافعي وآخرون[٧٧]».

الأمر الخامس: لو قصد شخص بالحلي المباح الاستعمال، ثم تغير قصده بعد ذلك، فقصد الكنز، أو قصد التجارة أي التكسب والربح بالبيع والشراء فتجب الزكاة فيه بعد مرور الحول، أي السنة - وهي سنة هلالية - من وقت أن قصد الكنز، أو التجارة، وذلك لأن وجوب الزكاة هو الأصل، وإنما انصرف الوجوب عنه لعارض الاستعمال فعاد الحكم إلى الأصل بمجرد النية من غير استعمال، فهو كما لو نوى بعروض التجارة القنية، فينصرف إلى ذلك من غير استعمال.

هذا ونحب أن نبين أن فقهاء الشافعية قالوا أن المرأة إذا اشترت حلياً يباح لها لبسه لكنها اشترتهُ بقصد التجارة فإن الزكاة تجب فيه حتى لو كانت تلبسه، كما لو كان الرجل يستعمل دواب التجارة[٧٨].

الأمر السادس: لو انكسر الحلي المباح فهل تجب فيه الزكاة أم لا؟

إذا رجعنا إلى الفقه المالكي نجد أنهم يبينون أنه لا يخلو حاله، إما أن يكون قد تهشم أم لا.

فإذا كان قد تهشم فيرى المالكية وجوب الزكاة، سواء نوى مالكه إصلاحه أو نوى عدم إصلاحه، أو كان لم ينو شيئاً، ففي هذه الصور الثلاث تجب فيه الزكاة.

وأما إن كان لم يتهشم - بأن كان يمكنه إصلاحه وعوده على ما كان عليه من غير سبك فلا يخلو حاله: إما أن يكون قد نوى عدم إصلاحه، أو يكون نوى إصلاحه أو لم يكن نوى شيئاً.

فإن نوى عدم إصلاحه، أو لم يكن نوى شيئاً، فتجب فيه الزكاة، وأما إذا كان قد نوى إصلاحه فلا تجب فيه الزكاة.

فمجموع الصور في المسألة كلها ست صور، تجب الزكاة في خمس صور منها، وصورة واحدة لا تجب فيها الزكاة[٧٩].

وإذا انتقلنا إلى الفقه الشافعي نجد النووي يبين في كتابيه «المجموع» و «الروضة» أن الحلي إذا انكسر له عدة أحوال: **أحدهما**: أن ينكسر بحيث يكون انكساره غير مانع من الاستعمال، وحكم هذه الحال أنه لا تأثير لانكساره بلا خلاف بين فقهاء المذهب، أي فلا تجب فيه الزكاة كحاله قبل أن ينكسر.

الحال الثانية : أن ينكسر بحيث يكون انكساره مانعاً من الاستعمال، ويحوج إلى سبك وصوغ، فتجب فيه الزكاة.

ومعلوم أنه لا يجب الزكاة في مال حتى يحول عليه الحول، أي حتى يمر عليه سنة عند مالكه، (والسنة هنا قمرية) وفي هذه الحال يحسب أول الحول وقت الانكسار، أي يحسب أول السنة التي إذا مرت على تملكه وجهت فيه الزكاة من وقت الانكسار.

الحالة الثالثة : أن ينكسر بحيث يكون إنكساره مانعاً من الاستعمال، ولكن لا يحتاج إلى صوغ، بل يقبل الإصلاح بالإلحام، وهنا بعض التفصيل لأنه إما أن يقصد مالكه أن يجعله تبراً أو دراهم أو يقصد كنزه، أو يقصد إصلاحه، أو لا يقصد هذا ولا ذاك ولكل صورة حكمها.

فإن قصد جعله تبرا أو دراهم أو الكنز وجبت الزكاة فيه وانعقد الحول عليه من يوم الانكسار.

وأما إن قصد إصلاحه فيوجد رأيان مشهوران لفقهاء الشافعية، أحدهما وهو الأصح عند النووي. لا زكاة فيه، حتى لو مرت عليه سنوات وذلك لدوام صورة الحلي وقصد إصلاحه.

وأما إذا لم يقصد مالكه جعله تبراً أو دراهم أو كنزه، ولم يقصد إصلاحه، ففيه رأيان في الفقه الشافعي، قيل هما للشافعي نفسه، وقيل هما رأيان لأصحاب الشافعي، وأصح هذين الرأيين : وجوب الزكاة(٨٠).

وأما الفقه الحنفي فنجد أنه إذا انكسر الحلي، فإما أن يكون الكسر غير مانع للاستعمال واللبس، أو يكون مانعاً للاستعمال واللبس، ولكل حالة حكمها الخاص بها.

فإن كانت الحالة الأولى، وهي حالة الكسر الذي لا يمنع الاستعمال واللبس، فحكمه حكم الصحيح - اي لا تجب الزكاة فيه - إلا إذا نوى كسره وسبكه، فتجب فيه الزكاة، لأنه نوى صرفه عن الاستعمال.

وأما إذا كانت الحالة الثانية، وهي حالة الكسر المانع من الاستعمال واللبس، فقد نقل ابن قدامة عن بعض فقهاء مذهبه قوله بوجوب الزكاة، لأنه صار بنزلة النقود والتبر، ولم يعقب ابن قدامة على هذا الرأي مما يوحي بأنه ارتضاه(٨١).

الأمر السابع : بين فقهاء الشافعية أن الأواني من الذهب والفضة كما يحرم على النساء والرجال جميعاً استعمالها، يحرم اتخاذها بدون استعمال أيضاً على الأصح.

الأمر الثامن : إن اقتناء التماثيل حرام سواء كان من ذهب أو فضة أو نحاس أو غير ذلك حتى لو كان التمثال من حجر فلو اتخذ تمثال من الذهب أو الفضة كان ذلك حراماً، سواء كان المتخذ لذلك رجلاً أو امرأة ووجبت فيه الزكاة، مع ملاحظة أن التمثال المحرم على الرجال والنساء هو ما كان على صورة حيوان يمكن أن يعيش بتلك الهيئة بخلاف الشجر، والحيوان المقطوع الرأس مثلاً، فلا يحرم على المرأة اتخاذه

واستعماله، قال الشبراملسي بعد أن بين ذلك: «ولكن ينبغي أن يكون مكروهاً فتجب زكاته وذلك لأن الزكاة تجب في الحرام والمكروه»[٨٢].

الأمر التاسع: إذا وجبت الزكاة في الحلي، بأن كان محرماً، أو مكروهاً[٨٣]، واختلفت قيمته ووزنه، فيرى بعض الشافعية أن العبرة بقيمته ووزنه معاً، لا بوزنه فقط.

فلو كان وزن الحلي مثلاً مائتي درهم، وقيمته ثلثمائة، تخير صاحبه بين أن يخرج ربع عشره مشاعاً، ثم يبيعه الموظف المكلف بجمع الزكاة بغير جنسه، ويفرق ثمنه على الفقراء والمستحقين، أو يخرج خمسة دراهم منه (ربع عشر المائتين) مصوغة قيمتها سبعة ونصف نقداً (لأن السبعة والنصف ربع عشر الثلثمائة) ولا يجوز أن يكسر الحلي ليعطي منه خمسة مكسرة، وذلك لأنه يؤدي إلى الإضرار بصاحب الحلي، وبالفقراء.

ويرى هذا البعض من الشافعية أن هذا بخلاف المحرم لذاته كالأواني المتخذة من الذهب أو الفضة، فالعبرة هنا بالوزن لا بالقيمة، فلو كان الذهب أو الفضة آنية فلا أثر لزيادة القيمة، لأن ارتفاع القيمة بالصنعة والصنعة لا اعتبار لها، لأنها محرمة، فلا قيمة لها في الشرع.

وعلى هذا، فلو كان له إناء قيمته ووزنه مختلفان، كأن كان وزنه مائتي درهم. وقيمته ثلثمائة، تخير بين ثلاثة أمور:

إما أن يخرج ربع عشره (٢,٥٪) مشاعاً، أو يخرج خمسة من غيره أو يكسره ويخرج خمسة دراهم منه.

والفرق بين الحلي المحرم والإناء المحرم من ناحية أن الحلي المحرم لا يجوز كسره عند هذا البعض من فقهاء الشافعية لإخراج الزكاة منه، في حين يجوز كسر الإناء المحرم، الفرق هو أن الإناء المحرم محرم لعينه، والحلي المحرم ليس محرما لعينه.

هذا ما علل به بعض فقهاء الشافعية، لكن عقب على هذا الشيخ سليمان البحيرمي في حاشيته على شرح الخطيب بقوله: «لكن قد يقال في الكسر ضرر على المستحق، لأن الخمسة المكسورة لا تساوي قيمتها في حال اتصالها، وهي سبعة ونصف»[٨٤].

ويقرر تقي الدين الحصني في كفاية الأخيار[٨٥]، أنه إذا وجبت الزكاة في الحلي، إما على القول الذي يوجب الزكاة في الحلي، مطلقاً، أو فيما فيه السرف، كالخلخال، أو السوار الثمين، الذي يزن مائتي دينار، واختلفت قيمته ووزنه، اعتبرت القيمة على الرأي الصحيح، فيسلم للفقراء نصيبهم مشاعاً، ثم يشتريه منهم إذا أراد، قال الحصني: «وقيل: يجوز أن يعطيهم خمسة دراهم»[٨٦].

الأمر العاشر: علمنا مما سبق أن استعمال الأواني المصنوعة من الذهب أو الفضة حرام على الرجال والنساء، والسؤال الآن، ما هو حكم استعمال الأواني المتخذة من الجواهر - كالياقوت، والزمرد، والزبرجد، واللؤلؤ - هل تأخذ حكم الأوانى المصنوعة

من الذهب أو الفضة، أم لها حكم خاص بها ؟ .

هذا السؤال وجدت الإجابة عنه في الفقه المالكي، وهو أنه على الرأي القوي ـ لا يحرم اتخاذ الجواهر، ولا استعمال الأواني المصنوعة منها .

وهناك رأي يقابل هذا الرأي القوي، يقول بأنه لا يجوز استعمال الأواني المتخذة من الجواهر، لكن الإمام أحمد الدردير ـ أحد أشهر علماء المالكية ـ وصف هذا الرأي بأنه ضعيف جداً، وعلل للقول بعدم حرمة اتخاذ الجواهر واستعمال الأواني المصنوعة منها، بأنه لا يلزم من كون الجوهر نفيساً أن يكون استعماله حراماً، وزاد الشيخ الصاوي في حاشيته بأن قال : «لأن علة حرمة النقدين (يقصد الذهب والفضة) تضييق المعاملة على العباد، فلا تقاس عليهما الجواهر»[٨٧] .

والله تعالى أعلم، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

أ . دكتور محمد رأفت عثمان

خلاصة البحث

الذهب والفضة معدنان من المعادن الثمينة التي يستعملها الناس في الحلي، والأواني، والتماثيل، وغير ذلك مما يتباهى الأغنياء باقتنائه ويتفاخرون به.

ولما كان من طبيعة المرأة التي خلقها الله عليها الحب الشديد للتزين، والتحلي بأنواع شتى من أدوات الزينة، فإن الشريعة الإسلامية قد استثنتها في بعض الأحكام، فأبيح لها التحلي بالذهب والفضة وغيرهما في الوقت الذي حرم التحلي بالذهب على الرجال، لأنه لا توجد حاجة عند الرجل تدعو إلى ذلك. وأبيح له التختم بالفضة، وما تدعو الضرورة إليه من استعمال الذهب.

ولما كان الذهب والفضة معدودين من الأموال، بل من أنفس الأموال، كان من الطبيعي أن يثار سؤال حول وجوب الزكاة أو عدم وجوبها في الحلي، أو الأواني، أو التحف، المتخذة من أي منهما.

وقد بين علماؤنا - رضي الله عنهم - أن غير الذهب والفضة من اللآلئ والجواهر لا تجب الزكاة فيه، وكذلك أجمع العلماء على وجوب الزكاة في الحلي المحرمة أو المكروهة.

وأما الحلي المباح، فقد اختلف العلماء فيه، على آراء، أشهرها رأيان: أحدهما يوجب الزكاة، والآخر يقول بعدم الوجوب.

وقد استند القائلون بوجوبها بعموم النص القرآني الكريم «والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله» الآية، وبعض الأحاديث المرفوعة التي ناقشها المخالفون، وضعفوها.

واستند القائلون بعدم وجوبها إلى أحاديث ثابتة موقوفة على عائشة، وأسماء، وجابر بن عبد الله، رضي الله عن جميعهم.

وتبين لنا - بغالب الظن - رجحان الرأي القائل بعدم وجوب الزكاة في الحلي المباح.

ويبين البحث أن العلماء وضحوا أنه لو كان المقصود من اتخاذ الحلي الاقتناء والاكتناز، فإن الزكاة تجب فيه، وكذلك تجب الزكاة عند الكثيرين من العلماء في الحلي الذي يجاوز الحد المعتاد، ويبلغ حد السرف، وكذلك بينا آراء العلماء في قضايا أخرى متصلة بهذه القضية، ووضحنا استدلالاتهم عليها، والله تعلى اعلم بالصواب.

الهوامش

(١) الدينار : ٤,٢٥ جراماً، والدرهم : ٢,٩٧٥ جراماً.

(٢) الحاوي للفتاوى، لجلال الدين السيوطي ج ١ ص ٨٧.

(٣) وأما لو اتخذ الرجل أو المرأة آنية من ذهب أو فضة من غير استعمال فالأصح عند الشافعية التحريم أيضاً.

(٤) السوار بكسر السين أكثر من ضمها. البجيرمي علي الخطيب. المجلد الثاني ص ٢٩٤.

(٥) إسم مكان كانت الوقعة عنده في الجاهلية. البجيرمي ـ المجلد الثاني ص ٢٩٥.

(٦) المغني لابن قدامة ج ٣ ص ١٥.

(٧) الأنامل : أطراف الأصابع.

(٨) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع لمحمد الشربيني الخطيب، وحاشية البجيرمي عليه ج ٢ ص ٢٩٥.

(٩) شرح الخطيب (الإقناع) المجلد الثاني ص ٢٩٥.

(١٠) المجموع للنووي شرح المهذب للشيرازي ج ٥ ص ٤٩٥.

(١١) المجموع للنووي شرح المهذب للشيرازي ج٥ ص ٤٤٨ ـ ٤٩١.

(١٢) شرائع الإسلام في الفقه الاسلامي الجعفري لجعفر بن ابي زكريا بن سعيد الهزلي ص ٨٢.

(١٣) أجمع العلماء على أنه يجوز للنساء لبس أنواع الحلي من الفضة والذهب جميعاً، كالعقد، والقرط، والخاتم، والسوار، والخلخال، وكل ما يتخذ في العنق واليدين والرجلين، والأذنين أو غير ذلك، فكل ما تعتاد المرأة لبسه مباح لها لم يختلف العلماء في شيء من هذا.

وقد بين فقهاء الشافعية أن كل حلي أبيح للنساء فإنما يباح إذا لم يكن فيه سرف ظاهر، فإن كان فيه سرف ظاهر كما لو تحلت المرأة بخلخال وزنه مائتا دينار (حوالي ٨٥٠ جراماً) فهو حرام عند بعض فقهاء الشافعية.

ونحب هنا أن نبين الحكم في بعض الاستعمالات التي يمكن أن تحدث في حياة الناس، كلبس التاج، ولبس الجنيهات الذهبية في العنق، أو لبس ثياب منسوجة بالذهب أو الفضة.

فأما التاج فقال الماوردي وبعض فقهاء الشافعية إن كانت عادة النساء جرت بأن يلبسنه فيباح لهن لبسه، وإن لم تجر عادة النساء بلبسه فيكون حراماً، وعلل لهذا بأنه لباس عظماء الفرس، قال الرافعي : «وكأن معنى هذا أنه يختلف بعادة أهل النواحي فحيث جرت عادة النساء بلبسه جاز لهن لبسه، وحيث لم تجر لا يجوز، لأنه تشبه بالرجال» أي التشبيه بالرجال حرام.

وأما لبس النساء للجنيهات الذهبية فيمكن أن نعرف حكمها من كلام الفقهاء القدامى عن لبس الدراهم والدنانير المثقوبة التي تجعل في القلادة، وقد اختلف علماء الشافعية في هذا، فبعضهم يرى أن ذلك حرام، والبعض يرى أن الأصح جواز ذلك بلا كراهة. (أنظر كفاية الأخيار. الجزء الأول ص ١٨٧).

وقد اختلف أيضاً فقهاء الشافعية في لبس الثياب المنسوجة بالذهب أو الفضة للمرأة على رأيين، أحدهما: الإباحة، هذا الرأي هو الأصح عند الرافعي وذلك قياساً على الحلي، لأنها لباس حقيقي.

والرأي الثاني: التحريم، لأن في ذلك زيادة السرف والخيلاء.

هذا، وقد قلنا أن فقهاء الشافعية يرون أن كل حلي أبيح للنساء فإنما يباح إذا لم يكن فيه سرف ظاهر، فإن كان فيه سرف ظاهر، كما لو استعملت المرأة خلخالاً وزنه مائتا دينار، فالصحيح عند المجموع جـ ٥ ص ٤٨٨ وفقهاء الشافعية تحريم ذلك.

وأما بعض فقهاء الحنابلة فيرى أن قليل الحلي وكثيره سواء في الإباحة والزكاة، وقد علل ابن قدامة لهذا الرأي الذي يرى أنه الأصح، بأن الشرع أباح التحلي مطلقاً من غير تقييد، فلا يجوز تقييده بالرأي والتحكم.

(١٤) المجموع للنووي جـ ٥ ص ٤٩٢، و٥٠١، والشرح الصغير لأحمد بن محمد الدردير، وحاشية الصاوي عليه جـ ١ ص ٦٢٤، والمغني لابن قدامة جـ ٣ ص ١١.

(١٥) المغني جـ ٣ ص ١١، وفتح القدير للكمال بن الهمام جـ ٢ ص ٢١٥.

(١٦) هناك رأي ثالث يقول بأن زكاة الحلي إعارته وقد بين ابن تيمية أن هذا القول منقول عن غير واحد من الصحابة، وهو مروي عن سعيد بن المسيب، والحسن البصري، وقتادة، والشعبي ورأي رابع يقول بأن زكاة الحلي تجب مرو واحدة، فلا تتكرر زكاة الحلي بتكرر الأعوام. الأموال لأبي عبيد ص ٤٣ والمحلي لابن حزم ج ٦ ص ٧٨ وفقه الزكاة للدكتور يوسف القرضاوي ص ٣٠٥ والفتاوى الكبرى لابن تيمية المجلد الرابع ص ٤٥٥.

(١٧) فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٢ ص ٢١٦، ٢١٧.

(١٨) فقه الزكاة للدكتور يوسف القرضاوي ج ١ ص ٢٩٨.

(١٩) نقلاً عن المصدر السابق ج ١ ص ٢٨٦.

(٢٠) المصدر السابق ج ١ ص ٢٨٦. ومعنى الحديث المرسل أنه الذي يرويه التابعي عن رسول الله ﷺ ص بدون ذكر للصحابي.

(٢١) أنظر المصنف لابن أبي شيبة ج ٤ ص ٢٨، وانظر الأموال لابي عبيد ص ٤٤٢ وقد أشار إليهما الدكتور يوسف القرضاوي في فقه الزكاة ج ١ ص ٢٩١.

(٢٢) المغني ج ٣ ص ١٢.

(٢٣) المجموع ج ٥ ص ٤٩١، وفتح القدير ج ٢ ص ٢١٦.

(٢٤) المواشي العوامل أي التي تعمل في الحرث أو السقي، أو حمل الأشياء فلا تجب الزكاة فيها عند الشافعية، والحنفية والحنابلة، ويرى المالكية وجوب الزكاة في العاملة، وحكي عن داود بن علي الظاهري أنه قال: تجب الزكاة في عوامل الإبل والبقر.

ويرى مالك أيضاً أن الزكاة تجب في المعلوفة.

والدليل لمن قال بوجوب الزكاة في العوامل والحوامل والمعلوفة ظواهر النصوص مثل قوله تعالى: ﴿خذ من أموالهم صدقة﴾ وقوله ﷺ: «خذ من الإبل إبلاً وفي أربعين شاة شاة، وغير ذلك من النصوص الكثيرة. فإن ظاهر هذه النصوص يفيد وجوب الزكاة في الجميع.

وأما القائلون بعدم وجوب الزكاة في العوامل والحوامل، فقد استندوا إلى ما رواه علي رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: «ليس في الإبل الحوامل صدقة وما رواه ابن عباس، عن الرسول ﷺ قال: «ليس في البقر العوامل صدقة» وما رواه جابر عن النبي ﷺ: «ليس في البقر المثيرة صدقة».

وأيضاً فلأن السبب في وجوب الزكاة هو المال النامي، وهذه الأموال ليست بنامية، لأن الدليل على النماء هو الإسامة والإعداد للتجارة، أي أن تكون الماشية سائمة أي ترعى من غير أن يعلفها صاحبها، وأن تكون معدة للتجارة، والإسامة والإعداد للتجارة لا يوجدان، فلا تجب الزكاة، لأنه إذا انتفى السبب انتفى الحكم. الشرح الصغير لأحمد الدردير ج ١ ص ٥٩، وسبل السلام للصنعاني ج ٢ ص ١٣٥ وحلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء لمحمد بن أحمد الشاشي القفال ج ٢ ص ١٩، وفتح القدير للكمال بن الهمام ج ٢ ص ١٩٣، ١٩٤.

(٢٥) المجموع ج ٥ ص ٤٨٨، والمغني ج ٣ ص ١٢.

(٢٦) المجموع للنووي ج ٥ ص ٤٩٠.

(٢٧) أنظر فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ج ٣ ص ٢١٠، وصحيح الترمذي بشرح ابن العربي ج ٣ ص ١٢٩، ١٣٠، ١٣١ وانظر فقه الزكاة للدكتور يوسف القرضاوي ج ١ ص ٢٩١، ٢٩٢.

(٢٨) بدائع الصنائع للكساني ج ٢ ص ١٧، ص ٢.

(٢٩) حجة الله البالغة للدهلوي وانظر: فقه الزكاة للدكتور يوسف القرضاوي ج ١ ص ٢٩٩.

(٣٠) فقه الزكاة للدكتور يوسف القرضاوي ج ١ ص ٢٩٩.

(٣١) بدائع الصنائع ج ٢ ص ١٧.

(٣٢) المغني ج ٣ ص ١٤ - وانظر شرح الخطيب مع حاشية البجيرمي حيث يقول الشيخ محمد الشربيني الخطيب: «ولا زكاة في سائر الجواهر كاللؤلؤ والياقوت لعدم ورودها في ذلك. المجلد الثاني ص ٢٩٦.

(٣٣) المغني ج ٣ ص ١١.

(٣٤) المصدر السابق: ٣ ص ١٢.

(٣٥) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكاني ج ٢ ص ٢٠، ٢١.

(٣٦) قيل: أن اسمها أسماء بنت يزيد بن السكن. سبل السلام للصنعاني ج ٢ ص ١٣٥.

(٣٧) مسكتان مثنى مسكة بفتح الميم والسين، وهي الإسورة والخلاخيل.

(٣٨) المجموع ج ٥ ص ٤٨٩.

(٣٩) المجموع ج ٥ ص ٤٨٩، وسبل السلام للصنعاني ج ٢ ص ١٣٥.

(٤٠) انظر فقه الزكاة للدكتور يوسف القرضاوي ج ١ ص ٢٩٧.

(٤١) كفاية الأخبار في حلي غاية الاختصار لأبي بكر بن محمد الحسين الحصني ج ١ ص ١٨٦.

(٤٢) الفتحات: خواتيم كبار، كان النساء يتحليين بها.

(٤٣) من ورق بكسر الراء وتفتح أيضاً وتسكن، أي من فضة.

(٤٤) فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٢ ص ٢١٦.

(٤٥) الدكتور يوسف القرضاوي في كتابه: فقه الزكاة: ٢ ص ٣٠٠.

(٤٦) «صالح الحديث» من ألفاظ المرتبة الدنيا من مراتب التعديل. فقه الزكاة ج ١ ص ٣٠١.

(٤٧) الأوضاح: نوع من الحلي.

(٤٨) أي هل هو كنز فيدخل تحت وعيد الله تعالى في قوله سبحانه : «والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم . يوم يحمى عليها في نار جهنم .. الآية .

(٤٩) سبل السلام للصنعاني ج ٢ ص ١٣٥ .

(٥٠) انظر الدكتور يوسف القرضاوي في كتابه «فقه الزكاة» ج ١ ص ٣٠٠ .

(٥١) ميزان الاعتدال للذهبي ج ٣ ص ٢٧ . نقل عنه الدكتور يوسف القرضاوي في فقه الزكاة ج ١ ص ٣٠٠ .

(٥٢) إذا قال بعض علماء الجرح والتعديل عن أحد الرواة : «صالح الحديث» فإنه هذا التعبير يعد من ألفاظ المرتبة الدنيا من مراتب التعديل كما أشرنا سابقاً فبعضهم عدها المرتبة الرابعة ، وبعضهم عدها المرتبة السادسة ، وهو ما أشعر بالقرب من التجريح ، كما قال السخاوي في شرح الألفية ، والسندسي في شرح النخبة . انظر الرفع والتكميل ص ١٠٩ ، ١١٦ ، ١٢٤ نقلاً عن فقه الزكاة للدكتور يوسف القرضاوي ج ١ ص ٣٠١ .

(٥٣) أنظر : فقه الزكاة للدكتور يوسف القرضاوي ج ١ ص ٣٠٠ - ٣٠٢ وانظر : ميزان الاعتدال للذهبي ج ٣ ص ٢٧ ، وهدي الساري (مقدمة الفتح) لابن حجر العسقلاني ج ٢ ص ١٨٩ - ١٩٠ ، ص ١٥٥ ، ٢٠٦ ونصب الراية للزيلعي ج ١ ص ٣٤٢ .

(٥٤) فتح القدير ج ٢ ص ٢١٥ ، ٢١٩ والاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود بن مودود ج ١ ص ١١٠ .

(٥٥) نهاية المحتاج للرملي ج ٣ ص ٨٩ .

(٥٦) المجموع للنووي ج ٥ ص ٤٩١ .

(٥٧) المجموع للنووي ج ٥ ص ٤٩١ .

(٥٨) انظر الأم للإمام الشافعي ج ٢ ص ٢ ، وانظر السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكاني ج ٢ ص ٢١ .

(٥٩) فقه الزكاة ج ١ ص ٣٠٦ .

(٦٠) الصيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكاني ج ٢ .

(٦١) صدقة النفل أي صدقة التطوع غير المفروضة .

(٦٢) المجموع ج ٥ ص ٤٩٢ ، والشرح الصغير لأحمد الدردير .

(٦٣) الفتاوى للشيخ محمد شلتوت .

(٦٤) ولد الدردير سنة ١١٢٧هـ وتوفى سنة ١٢٠١هـ .

(٦٥) الشرح الصغير لأحمد الدردير ، بحاشية الصاوي عليه ج ١ ص ٦٢٥ .

(٦٦) الحد المعتاد يتدخل فيه عرف البلد الذي يعيش فيه الإنسان ، وعادة أمثاله في هذا البلد . أنظر حاشية البجيرمي علي الخطيب . المجلد الثاني ص ٢٩٥ .

(٦٧) شرح الخطيب مع حاشية البجيرمي . المجلد الثاني ص ٢٩٦ .

(٦٨) لأن المثقال (الدينار) يزن بغالب الظن ٤,٢٥ جرامات .

(٦٩) المغني لابن قدامة ج ٣ ص ١٢ ، ١٣ .

(٧٠) المكروه أيضاً تجب فيه الزكاة كما سبق أن بيناه .

(٧١) انظر : الحاوي للفتاوى لجلال الدين السيوطي ج ١ ص ٨٧ حيث يقول : المدار في الزكاة على ورود النص ، ولا مدخل للقياس في ذلك .

(٧٢) المغني ج ٣ ص ١٤ .

(٧٣) نصاب زكاة الذهب (أي الحد الأدنى الذي تجب فيه الزكاة) هو أن يبلغ عشرين مثقالاً، أي عشرين ديناراً، ونصاب زكاة الفضة أن تبلغ مائتي درهم، هذا هو الحكم الشرعي في الذهب والفضة، ولكننا الآن محتاجون إلى التعرف على نصاب الزكاة بالعملة الحالية التي نتعامل بها، فنحن الآن لا نتعامل في النقود بالذهب والفضة، ولكن نتعامل بأوراق ومعادن أخرى، فكم يبلغ الآن نصاب الزكاة بالعملات الحالية؟.

الواقع أن العرب في الجاهلية لم تكن لهم عملة خاصة بهم، بل كانوا يتعاملون بالدرهم، الفارسي، والدينار الرومي، واستمر الحال هكذا حتي بعد مجيء الإسلام ولم تظهر دراهم إسلامية إلا في عصر عبد الملك بن سعيد بن مروان أحد خلفاء الدولة الأموية، فهو أول من ضرب الدراهم الإسلامية، كما حكى ذلك عن المسيب وأن أهل ذلك العصر أجمعوا على تقدير الدراهم الإسلامية بهذا الوزن الجديد، قال أبو زياد: أمر عبد الملك بضربها في العراق سنة أربع وسبعين، وقال المدائني: بل ضربها في آخر سنة خمس وسبعين، ثم أمر بضربها في النواحي سنة ست وسبعين.

وأما الماوردي أحد كبار فقهاء الشافعية فينسب ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، لكن علي كل حال فليس تحت أيدينا - فيما أظن - دراهم ضربت في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه، لكن من حسن الحظ وجدت دراهم ودنانير محفوظة في المتاحف العربية والأوروبية، ضربت في عهد عبد الملك بن مروان، وقد وجد أن متوسط وزن الدينار، (أو المثقال) بعد استقراء النقود المحفوظة في دور الآثار والمتاحف في بعض بلدان العالم ومنها متحف الفن الإسلامي بالقاهرة. وبه تسعة عشر ديناراً، ومتحف لندن وبه سبعة دنانير، والمتحف العراقي وبه أربعة دنانير، ومتاحف باريس ومدريد، وبرلين وجد بعد الاستقراء. أن متوسط وزن دينار عبد الملك بن مروان هو ٤,٢٥ جرامات، ولما كان العلماء المسلمون قد أجمعوا على أن وزن كل سبعة دنانير يساوي وزن عشرة دراهم، فإنه بناء على ذلك يمكن أن نعرف وزن الدرهم بضرب ٤,٢٥ من الجرامات في سبعة ونقسم الحاصل على عشرة، فيكون الناتج ٢,٩٧٥ من الجرام، وإذن يمكن أن نعرف نصاب الذهب بالوزن الحديث فنضرب ٤,٢٥ × ٢٠ وذلك لأن نصاب الذهب عشرون مثقالاً، فيكون الحاصل هو نصاب الذهب وهو ٨٥ جراماً، ويكون نصاب الفضة بضرب ٢,٩٧٥ × ٢٠٠ والحاصل هو نصاب الفضة وهو ٥٩٥ جراماً، فمن يملك سبائك ذهبية، أو تبراً، أو نقوداً تساوي ٨٥ جراماً من الذهب فقد ملك نصاب الذهب، ومن ملك فضة أو نقوداً تساوي ٥٩٥ جراماً من الفضة فقد ملك نصاب الفضة، والمشكلة التي تظهر هنا أننا نجد في العصر الذي نعيش فيه أن عشرين مثقالاً من الذهب قيمتها أكبر بكثير من قيمة مائتي درهم من الفضة، فهل يجعل نصاب النقود هو نصاب الذهب أم يجعل نصاب الفضة.

إنني أرى أن نجعل نصاب النقود الحالية نصاب الفضة، وذلك لمصلحة الفقراء، وقد راعى الفقهاء القدامى مصلحة الفقراء عندما أفتوا بأن تقوم عروض التجارة على أساس نصاب الفضة إذا بلغت هذا النصاب ولم تبلغ نصاب الذهب إذا قومت العروض على أساسه، قال الكمال بن الهمام في فتح القدير في مجال وجوب الزكاة في عروض التجارة: «إذا كان بحيث إذا قومها بأحدهما (يقصد الذهب والفضة) لا تبلغ نصاباً، والآخر تبلغ، تعين عليه التقويم بما بلغ» ونقل عن صاحب النهاية قوله: «إن المال كان في يد المالك ينتفع به زمنا طويلاً، فلابد من اعتبار منفعة الفقراء عند التقويم، ألا ترى أنه لو كان يقومه بأحد النقدين يتم النصاب، وبالآخر لا، فإنه يقومه بما يتم به النصاب بالاتفاق، فهذا مثله».

ولكن بعض الفقهاء المعاصرين كالشيخ أبي زهرة يرون أن يكون نصاب النقود على أساس نصاب

الذهب، لأن الذهب هو المعيار الحقيقي الذي تقوم على أساسه الأشياء ولم تكن هذه المشكلة موجودة أيام رسول الله ﷺ، وذلك لأن عشرين مثقالاً (ديناراً) كانت في هذا العصر تساوي مائتي درهم، يقول المرغيناني أحد فقهاء الحنفية في كتابه: الهداية: «كل دينار عشرة دراهم في الشرع» ويشرح هذا الكمال بن الهمام، فيقول: «أي مقوم في الشرع بعشرة، كذا كان في الابتداء».

هذا ولا يفوتني هنا أن أنبه إلى أن فقيهاً مشهوراً من فقهاء المسلمين، وهو الإمام ابن تيمية، يرى أن الدرهم هو ما سماه الناس درهماً وتعاملوا به، فتكون أحكامه أحكام الدرهم، من وجوب الزكاة فيما يبلغ مائتين منه وغير ذلك من الأحكام، سواء قل ما فيه من الفضة أو كثر، وكذلك الحكم فيما سمي ديناراً.

انظر: فتح العزيز للرافعي شرح الوجيز للغزالي، مطبوع بها من المجموع للنووي ج ٦ ص ٥، والمجموع ج ٦ ص ١٤، والفتاوى الكبرى لابن تيمية المجلد الرابع ص ٤٥٥ وفتح القدير للكمال بن الهمام شرح الهداية للمرغيناني ج ٢ ص ٢١٥، ص ٢٢٠ والخراج والنظم المالية للدولة الإسلامية للدكتور محمد ضياء الدين الريس ص ٣٥٢، وفقه الزكاة للدكتور يوسف القرضاوي ج ١ ص ٢٥٢ وما بعدها.

(٧٤) حاشية أحمد بن محمد الصاوي بهامش الشرح الصغير لأحمد الدردير ج ١ ص ٦٢٥.

(٧٥) الفتاوى الكبرى لابن تيمية. المجلد الرابع ص ٤٥٢ والمغني ج ٣ ص ١٢.

(٧٦) قال ابن قدامة: «ولا فرق بين كون الحلي المباح مملوكاً لامرأة تلبسه أو تعيره أو لرجل يحلي به أهله، أو يعده لذلك، لأنه مصروف عن جهة النماء إلى استعمال مباح.

(٧٧) المهذب للشيرازي والمجموع شرح المهذب للنووي ج ٥ ص ٤٨٩، ٤٩٢.

(٧٨) المغني ج ٣ ص ١٣، والمجموع: ٥ ص ٤٩٣، جـ ٦ ص ١٠ والشرح الصغير لأحمد الدردير ج ١ ص ٦٢٥.

(٧٩) الشرح الصغير للدردير، وحاشية الصاوي عليه ج ١ ص ٦٢٤.

(٨٠) المجموع للنووي شرح المهذب للشيرازي ج ٥ ص ٤٩٣، روضة الطالبين للنووي ج ٢ ص ٢٦١.

(٨١) المغني ج ٣ ص ١٣.

(٨٢) نهاية المنهاج إلى شرح المنهاج للرملي ج ٣ ص ٩٠. وحاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج الجزء والصفحة.

(٨٣) المحرم أن يقصد الرجل استعماله، والمكروه مثل أن تسرف المرأة في حليها لأن السرف من المرأة في الحلي مكروه وليس محرماً عليها ذلك.

(٨٤) حاشية البجيرمي. المجلد الثاني ص ٢٩٤.

(٨٥) وهو شافعي أيضاً.

(٨٦) كفاية الأخيار، ج ١ ص ١٨٦.

(٨٧) الشرح الصغير وحاشية الصاوي ج ١ ص ٦٢.

فلسفة مقاصد التشريع
في الفقه الإسلامي وأصوله

بقلم
الدكتور خليفة بابكر الحسن*

(*) أستاذ مساعد ورئيس قسم الشريعة بكلية القانون بجامعة الخرطوم، يعمل الآن أستاذاً مساعداً لأصول الفقه بالكلية ـ له بعض المؤلفات في تاريخ الفقه الإسلامي والأصول.

٤ ـ أن الله وصف نفسه بكونه رؤوفاً رحيماً بعباده وقال : ﴿ورحمتي وسعت كل شيء﴾[١٥] . فلو شرع ما ليس فيه مصلحة لم يكن ذلك رحمة ، وهو باطل بنص الآية .

٥ ـ أن الله سبحانه وتعالى ذكر مقصده في تحقيق مصالح الإنسان صراحة في نصوصه مثل قوله خطاباً «للرسول ﷺ» ﴿وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين﴾[١٦] . وقوله تعالى : ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾[١٧] . وقوله تعالى : ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾[١٨] . وأن الرسول ﷺ أكد ذلك في أحاديثه مثل قوله : ﴿بعثت بالحنيفية السمحة﴾[١٩] . وقوله : ﴿لا ضرر ولا ضرار﴾[٢٠] .

٦ ـ إن الشارع الحكيم علل أحكامه في تفاصيلها بمصالح العباد كقوله تعالى بعد تشريع الوضوء ﴿ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم﴾[٢١] . وفي الصلاة ﴿وأقم الصلاة إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر﴾[٢٢] ، وفي الجهاد : ﴿أُذن للذين يقاتلون بأنهم ظُلموا﴾[٢٣] ،وفي الصوم : ﴿كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون﴾[٢٤] .وفي القصاص : ﴿ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب﴾[٢٥] .

وكقول الرسول ﷺ في شأن الاستئذان : «إنما جعل الاستئذان من أجل البصر»[٢٦] . وقوله لسعد بن أبي وقاص حينما هم بالإيصاء بثلثي ماله : «الثلث والثلث كثير إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن نذرهم عالة يتكففون الناس»[٢٧] .

وكما علل الشارع أحكامه في مشروعيتها بالمصالح فقد نهى عما نهى عنه لما فيه من مضار كقوله تعالى : ﴿ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً من غير علم﴾[٢٨] . وكقوله تعالى : ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون﴾[٢٩] ، وكقوله ﷺ في النهي عن الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها : ﴿إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم﴾[٣٠] ، وتعليل الشارع لأحكامه بالمصالح جلباً لها ونهيه عن المفاسد درءاً لها دليل على أن أحكامه مقرونة بتلك المصالح بحسبانها مقصداً له من تشريعه للأحكام[٣١] ، وهذا القدر اتفق عليه كل العلماء وإن كانوا قد اختلفوا في أمر يتصل به وهو هل تلك المصالح هي الباعث للشارع في تشريعه للأحكام أو غير باعثة ، فذهب المعتزلة إلى أنها باعثة وأنه يجب تعليل أفعال الله وأحكامه عملاً بمذهبهم الكلامي في وجوب فعل الصلاح والأصلح على الله تعالى عن ذلك .

وذهب الجمهور إلى أنها معللة بتلك المصالح تفضلاً منه وإحساناً لا على سبيل الوجوب وذلك القول هو القول الأقسط والأعدل والأبعد عن المغالاة[٣٢] .

ثانياً : أساس المقاصد ودليلها :

إذا كان الشأن في أحكام الشرع أنها جاءت لتحقيق مصالح البشر تفضلا من الله ومنة

على الوجه الذي سلف بسطه باعتبار أن ذلك مقصد الشارع فإن أول مصالح الإنسان في هذه الحياة حفظ نظام العالم، واستدامة صلاحه، وذلك يكون بإصلاح حال الإنسان نفسه بحسبانه المهيمن على ذلك العالم من جهة الخلافة في ذلك لا من جهة الاستقلال لأن صلاحه يعني تعلقه بأسباب الخير والسعي الجاد في الحياة، والبعد عن الضرر والفساد، وقد قرر ذلك القرآن أيضاً فالله يحكي عن بعض رسله قولهم: «إن أريد إلا الإصلاح ما استطعت وما توفيقي إلا بالله»[٣٣]. ويوصي موسى أخاه هارون ـ كما حكى القرآن ـ بأن ﴿اخلفني في قومي وأصلح ولا تتبع سبيل المفسدين﴾[٣٤]، ويصف القرآن فرعون بالفساد والضرر ناعياً عليه ذلك في أكثر من موضع من القرآن كما يصف اليهود بالفساد والظلم، ويدعو الإنسان صراحة إلى أن يتجنب الفساد والضرر: ﴿وابتغ فيما أتاك الله الدار الآخرة ولا تنس نصيبك من الدنيا، وأحسن كما أحسن الله إليك ولا تبغ الفساد في الأرض إن الله لا يحب المفسدين﴾[٣٥]. ويأمره بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهاه عن الفحشاء والمنكر والظلم والبغي ويردف ذلك بدعوته في موارد أخرى إلى الصدق والأمانة والعفة والطهارة إلى غير ذلك من أصول الدين التي لفرط اهتمام الشارع بها لم يجعلها محلاً للنسخ والتبديل حتى في عهد الرسالة نفسها[٣٦].

ولهذا ضبط الأصوليون مصلحة الإنسان في ضوء مقاصد الشارع من ذلك بأن المصلحة المقصودة ليست هي مجرد جلب المنفعة ودفع المضرة وإن كانت هذه حقيقة مقاصد الخلق وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم ولكن المصلحة المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمس أن يحفظ عليهم دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة»[٣٧].

ومعرفة كون حفظ هذه الأصول الخمسة هو مقصد الشارع لم يثبت بدليل واحد ولا بأصل معين، وإنما أخذ من جملة أحكام الشريعة في كافة أبوابها، وباستقراء كل ما جاء فيها فالشارع مثلاً أمر بالصلاة ومدح الملتزمين بإقامتها وذم التاركين لها، وجعل التكليف بها لازماً في كل حال كما أمر بقتال من تركها أو عاند في تركها فهدى بذلك إلى ضرورة حفظ الدين.

وكذلك نهى عن قتل النفس وتوعد عليه وجعله موجباً للقصاص بل اعتبره من الكبائر، وقرنه بالشرك، كما أوجب سد رمق المضطر حتى من الميتة والدم ولحم الخنزير، فأفضى ذلك إلى ضرورة المحافظة على النفس، وهكذا سائر الأصول الخمسة[٣٨] مما يأتي تفصيله ـ بعد ـ.

ثالثاً: أقسام المصالح في ضوء المقصد العام للتشريع:

لما كانت المصالح التي يتأتى من خلالها رعاية مقصد الشارع متفاوتة في أثرها من

حفظ العقل في أحكام الشرع :

العقل هو أداة التفكير، وملاك التكليف، ووسيلة الإنسان إلى تدبير شؤون الحياة، به يكون السعي في الحياة عملاً والحكم بين المتنازعين عدلاً، وعن طريقه يرقى الإنسان علماً وفناً وإبداعاً، وإذا أصاب العقول خلل يعود ذلك بالضرر العظيم لا على الفرد وحده وإن كان ضرره في ذلك محققاً، وإنما على الأمة في مجموعها، وحفظ الشارع للعقل في أحكامه جاء أيضاً من جهة الوجود ومن جهة العدم، أما حفظه من جهة الوجود فيتمثل في إيجاب الشارع للعلم وجعله فريضة على كل مسلم ومسلمة إذ هو الطريق لمعرفة الفروض والواجبات وهو أيضاً الوسيلة لتنمية العقل.

وحفظه له من جهة العدم يتمثل في تحريمه للخمر وإقامة الحد على شاربها، وتحريم سائر المفسدات للعقل من الآفات الأخرى كالحشيش والأفيون والمورفين وغير ذلك مما يضعف العقل بل ويتلفه في أحيان كثيرة[٤٧].

حفظ النسل في أحكام الشرع :

وحفظ النسل وهو الأصل الرابع من الأصول التي حافظ عليها الشارع في أحكامه ويعبر بعضهم عنه بالعرض وبعضهم بالنسب[٤٨]. يأتي من جهة الوجود بشرع أحكام الزواج ومن جهة العدم بتحريم الزنا وشرع الزواجر عليه وإقامة الحد فيه حفظاً للأنساب من الاختلاط والضياع ودرءاً لما فيه من مفسدة التوثب على الفروج بالتعدي والتغالب وهو من هذه الجهة مجلبة للضرر والتقاتل، وسبيل إلى نشر الفوضى والاضطراب في المجتمع[٤٩].

ـ المصالح الحاجية :

هي ما لا ضرورة فيه ولكن يدعو الاحتياج إليه، وفي ذلك يقول محب الله بن عبد الشكور «إنها غير الحاصل إلى حد الضروري كالبيع والإجارة والمضاربة والمساقاة فإنها لولاها لم يفت واحد من الخمس الضرورية التي يحتاج إليها الإنسان في المعيشة فتكون من الحاجية دون الضرورية[٥٠]، ويعرفها الشاطبي بذات التعريف فيقول: «ما يفتقر لها من حيث التوسعة ودفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب لكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة»[٥١].

وقد اعتنى الشارع في مقاصده بهذا النوع من المصالح كما اعتنى بالضروري الذي سبقه وإن كان في درجته يقصر عن ذلك الضروري لأن الضروري يترتب على فواته فوات أصل الكليات الخمس وأما الحاجي فلا يترتب على فواته ذلك، إنما يلحق الناس حرج ومشقة، ولهذا شرع الشارع الأحكام الخاصة به دفعاً لذلك الحرج، وتخليصاً من تلك المشقة، وسعياً في تحقيق التوسعة.

وهكذا نرى أن مقاصد التشريع في رعاية مصالح البشر تبدأ بالأهم ثم تتبعه بما يكون أدخل في باب التيسير والتخفيف.

وإذا استقرأ الناظر أحكام الشريعة وجد حفظ الشارع للمصالح الحاجية جارياً في العبادات والمعاملات والجنايات[٥٢].

فالعبادات مثلاً ـ بعد أن شرعت ابتداء لحفظ الدين من جهة الضرورة، ألحقها الشارع بشرع الرخص في الحالات التي تستوجب ذلك فرخص للمريض أن يؤدي الصلاة بحسب الهيئة المستطاعة له، وللمسافر أن يقصرها، وللمجاهد أن يؤديها بطريقة معينة فيها تخفيف وتيسير، كما أباح للمريض والمسافر الفطر في رمضان، وأسقط عن الحائض الصلاة.

وفي العادات ـ بعد أن أوجب تناول القدر الضروري التي تحفظ به تلك النفس في مرحلة الضرورة ـ ألحق ذلك بتوسيع أكثر فأباح الصيد وأحل التمتع بالطيبات مأكلاً ومشرباً وملبساً ومسكناً.

وفي المعاملات ـ بعد أن شرع أصولها حماية للمال من جهة الضرورة ـ اتبع ذلك بإباحة بعض أنواع المعاملات التي يقتضي تطبيق القواعد العامة عدم جوازها وإباحتها لكنها أبيحت استثناء كالسلم الذي يعرفه الفقهاء بأنه «بيع آجل بعاجل»[٥٣].

فإن الأصل فيه عدم الجواز لأن بائعه يبيع ما ليس عنده، لكن الرسول ﷺ أجازه بقوله: «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[٣]. لحاجة الناس إليه لأن المزارع قد لا يكون عنده المال الذي ينفقه في إصلاح أرضه، وتعهد زرعه إلى أن يدركه، ولا يجد من يقرضه فهو في حاجة إلى نوع من المعاملة يتمكن بها من الحصول على ما يحتاجه إليه من المال، وإلا فاتت عليه مصلحة استثمار أرضه، وكان في حرج فلهذا أبيح السلم[٥٥]. وكالمضاربة وهي دفع المال للغير ليتجر به ويكون الربح فيه بين صاحب المال والعامل حسبما يتفقان من النصف أو الثلث أو غير ذلك[٥٦].

الأصل فيها أنها لا تجوز لأنها إجارة بأجر معدوم ومجهول لكن الشارع أباحها استثناء على سبيل الرخصة للحاجة إليها، وفي هذا يقول ابن رشد: «وإنما رخص في المضاربة لموضع الرفق بالناس»[٥٧].

والإجارة أيضاً القياس فيها عدم الجواز لأنها ترد على منافع معدومة لكنها شرعت للحاجة رفقاً بالناس، وفي هذا يقول السيوطي: «القياس يقتضي منع الإجارة لأنها عقد يرد على منافع معدومة، وإنما شرعت لعموم الحاجة إليها، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة»[٥٨].

والخيارات الأصل فيها المنع لأن مقتضى العقد أن تترتب عليه آثاره بلا إبطاء ولكن الشارع أجازها للحاجة إليها من جهة دفع الغبن بالتأمل والنظر[٥٩]. ويدخل فيما شرع

للحاجة أيضاً في باب الجنايات الحكم باللوث والتدمية والقسامة وضرب الدية على العاقلة وما أشبه ذلك[٦٠].

المصالح التحسينية :

المصالح التحسينية هي المصالح التي لا ضرورة فيها بحيث إذا اختلت اختل نظام الحياة، ولا حاجة فيها بحيث إذا فاتت أصاب الناس حرج ولحقتهم مشقة، لكنها ضرب من المصالح إذا فاتت تصبح حياة من فوتها مستقبحة في نظر العقلاء وتقديرهم[٦١].

وفي هذا يعرفها الشاطبي بأنها : «الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب الأحوال المدنسات التي تأنفها العقول الراجحات ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق»[٦٢].

وهي جارية في العبادات والعادات والمعاملات والعقوبات كما جرت قبلها المصالح الضرورية والحاجية.

ففي العبادات : شرع طهارة البدن والثوب والمكان، وستر العورة، وندب إلى أخذ الزينة عند كل صلاة، كما ندب إلى التطوع بالصدقة، والتقرب بالنوافل في الصلاة والصوم[٦٣].

وفي المعاملات : نهى عن بيع الإنسان على بيع أخيه، وحرم الغش والتدليس والتغرير والتقتير والإسراف، والاحتكار، وحرم التعامل في كل نجس وضار[٦٤].

وفي العقوبات : حرم قتل النساء والصبيان والرهبان في الحرب[٦٥].

ـ مكملات المقاصد الثلاثة :

وقد اقتضت حكمة الشارع في شرعيته للأحكام التي تحفظ كل نوع من أنواع المقاصد الثلاثة السابقة الضروريات والحاجيات والتحسينات حسب الصورة التي سلف توضيحها اقتضت حكمته أن يلحق تلك الأحكام بأحكام مكملة لها إمعاناً في الحفاظ عليها.

ففي الدين مثلاً بعد أن شرع إقامة الصلاة لحفظه من جهة الوجود وهو في مرحلة الضرورة أتم ذلك بشرعية الأذان وأداء الصلاة في جماعة تكميلاً لذلك الضروري.

ولما أوجب القصاص لحفظ النفس وهو في حد الضروري، شرع التماثل فيه ليؤدي الغرض المقصود منه من غير أن يترتب عليه إثارة البغضاء والعداوة لأن قتل القاتل بصورة أشد وأفظع مما فعل يؤدي إلى مزيد من الشجار وسفك الدماء.

ولما حرم الخمر لحفظ العقل حرم القليل منه وإن لم يسكر تكميلاً لحفظ ذلك الضروري وهو حفظ العقل.

ولما حرم الزنا لحفظ النسل أتبعه بتحريم الخلوة بالأجنبية تكميلاً لذلك الحفظ. ولما حرم الاعتداء على مال الغير حفاظاً على المال من جهة الضرورة أوجب الضمان على التعدي تكميلاً لتلك الحماية كما أمر بمراعاة المماثلة في هذا الضمان[٦٦].

- **وفي الحاجيات** : لما رخص في قصر الصلاة للمسافر مراعاة للحاجة ودفعاً للحرج والمشقة أكمل ذلك بتجويز الجمع بين الصلاتين في السفر، ولما أباح تزوج الصغير والصغيرة وهو حاجي أكمل ذلك باشتراط الكفاءة ومهر المثل في زواجهما، وفي البيوع والإجارات والشركات بأنواعها لما شرعها للحاجة أكمل ذلك الحاجي بشرع ما يؤكده، فنهى عن الغرر وعن الجهالة وعن بيع المعدوم وبين ما يصح أن يقترن بالعقد من الشروط وما لا يصح، وذلك كله لكي تحقق تلك المعاملات المعنى المقصود منها على أكمل وجه وأتم صورة(٦٧).

- **وفي التحسينات** : لما ندب الطهارات بما شرعه من فعل المستحبات فيها، ولما ندب إلى التصدق وهو تحسيني أكمل ذلك بأن يكون التصدق من طيبات المكاسب وهكذا(٦٨).

هذا وضابط المكمل أنه لو فرض فقده لم يترتب على ذلك الإخلال بحكمة ما جاء مكملاً له، وإخراجه عن هيئته من كونه ضرورياً أو حاجياً أو تحسينياً(٦٩).

ويمكن أن نذكر هنا أيضاً ونحن بصدد المكملات للمراتب الثلاث أن الحاجيات تعتبر مكملة للضروريات، والتحسينات مكملة للحاجيات أما الضروريات فهي الأصل الذي يكمل بغيره ولا يكون هو مكملاً بحال، ذلك أن كل هذه المكملات جاءت لكي يتأدى ذلك الضروري وهو الأصل على أحسن هيئة وأتم صورة(٧٠).

ويترتب على ذلك أمور هي :

(أ) إذا اختل الضروري لزم من ذلك اختلال الحاجي والتحسيني بإطلاق لأن الضروري من المقاصد هو الأصل وما سواه مبني عليه، ويلزم من اختلال الأصل اختلال الفرع، فلو ارتفع القصاص - مثلاً - وهو ضروري لحفظ النفس لا يتأتى اعتبار المماثلة فيه وهي حاجية لأنه لا وجه للمماثلة مع فقد القصاص الذي تجري فيه تلك المماثلة، وكذلك إذا سقط عن الحائض أصل الصلاة وهي ضروري لحفظ الدين لزم من ذلك سقوط الجماعة وسائر المندوبات في حقها لأن ذلك من باب التحسيني(٧١).

(ب) إذا اختل الحاجي لا يلزم من اختلاله اختلال الضروري لأن اختلال الفرع لا يعني اختلال الأصل، فلو ارتفع مثلاً اعتبار المماثلة في القصاص لا يلزم من ذلك بطلان أصل القصاص وهكذا(٧٢).

غير أنه لما كانت هذه المراتب مترابطة فإن اختلال الحاجي والتحسيني وإن كان لا يلزم منه اختلال الضروري إلا أنه يكون مدخلاً لإبطال ذلك الضروري، لأن في إبطال الأخف مدخلاً لإبطال ما هو آكد منه، إذ الأخف وضع ليكون حامياً لما هو آكد منه وحمى له، والواقع في الحمى يوشك أن يقع فيه، فالمخل بالمكمل من هذا الوجه كالمخل بالمكمل من هذا الوجه لا مطلقاً، فالمخل بالحاجي يوشك أن يخل بالضروري، والمخل بالتحسيني يوشك أن يخل بالحاجي(٧٣).

رابعاً : الموازنة بين المراتب الثلاثة :

تتضح فائدة تقسيم المقاصد إلى المراتب الثلاثة السابقة في حالة التعارض بين تلك المراتب في الأحكام الشرعية، فإن تلك المراتب إذا تعارضت فالمعيار هو تقديم الأقوى منها على الأضعف وهكذا.

وابتداء للحديث عن الموازنة بين تلك المراتب نذكر أن المصالح نفسها التي هي المقاصد، إذا تعارضت مع المفاسد فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد كان الاتجاه إلى ذلك امتثالاً لأمر الله «فاتقوا الله ما استطعتم»[٧٤]، وإن تعذر الدرء والتحصيل فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة، قال تعالى: ﴿يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما﴾[٧٥] فحرمهما لأن مفسدتهما أكبر من منفعتهما.

أما منفعة الخمر فالتجارة ونحوها، وأما منفعة الميسر فما يأخذه القامر من المقمور، وأما مفسدة الخمر فإزالتها العقول، وما تحدثه من العداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلاة، وأما مفسدة القمار فإيقاع العداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلاة، وهذه مفاسد عظيمة تتضاءل أمامها المنافع المذكورة فيها.

وإن كانت المصلحة أعظم من المفسدة حصلنا المصلحة، وإن استوت المصالح والمفاسد فقد يتخير بينهما، وقد يتوقف فيهما، وقد يقع الاختلاف في تفاوت المفاسد[٧٦].

هذا وإذا حصلنا المصلحة إذا كانت أعظم من المفسدة ثم تعارضت المصالح فيما بينها كان الميزان كما ذكرنا في صدر هذا الحديث تقديم الأقوى على الأضعف بأن نقدم المصلحة الضرورية على الحاجية والحاجية على التحسينية ويلزم على ذلك.

١ ـ عدم الأخذ بالمصلحة التحسينية إذا تعارضت مع المصلحة الضرورية والحاجية، لأن التحسينية كما ذكرنا مكملة للحاجية والحاجية مكملة للضرورية، ولا يؤخذ بالمكمل إذا كان في الأخذ به إخلال بالأصل المكمل.

ومن هنا أبيح كشف العورة إذا اقتضاه العلاج أو فرضته ضرورة إجراء عملية جراحية، لأن العلاج ضروري لحفظ النفس، وستر العمورة تسحيني، وكذلك يجوز شق جوف الأم الميتة لإخراج الجنين المرجوة حياته من بطنها؛ لأن حفظ حياته ضروري، وصيانة حرمة أمه تحسيني، كما أبيح تناول النجاسات إذا كانت دواء أو كان الإنسان في ضرورة إليها وهو في حال مخمصة؛ لأن الاحتراز عن النجاسات تحسيني والمداواة ودفع الهلاك عن النفس ضروري، وكذلك تجوز صلاة العريان الذي عَدِم السترة لئلا تفوت مقاصد الصلاة وهي ضرورية حفظاً للسترة التي هي من باب التحسيني[٧٧].

٢ ـ عدم الأخذ بالمصلحة الحاجية إذا تعارضت مع المصلحة الضرورية، فالمشقة لا تعتبر عند تحمل التكاليف الشرعية، فالفرائض والواجبات يجب على المكلفين أداؤها كاملة إذا كانوا قادرين وليسوا في حال يبيح لهم أن يترخصوا، حتى وإن وجدوا في ذلك

التكليف مشقة؛ لأن كل تكليف لا يخلو من مشقة، فلو راعينا ألا تلحق المكلف مشقة لأدى ذلك إلى إهمال أحكام كثيرة وهي ضرورية، ورفع المشقة في مرتبة الحاجي، والضروري مقدم على الحاجي[٧٨].

٣ ـ أما الأحكام التي تقع في مرتبة الضرورة فتجب مراعاتها، ولا يجوز الإخلال بها إلا إذا كان في مراعاة ضروري إهمال لضروري أهم منه، ومعلوم أن الكليات الخمس الضرورية مرتبة عند العلماء في أهميتها وأولها الدين ثم النفس، ثم العقل، ثم النسل، ثم المال.

وفي ضوء ذلك أبيح الجهاد لحفظ الدين وإن كان فيه تضحية بالنفس، لأن حفظ الدين أهم من حفظ النفس، وأبيح شرب الخمر إذا أكره على شربها بإتلاف نفسه أو عضو منه، أو دفعته لذلك ضرورة عطش شديد كادت أن تذهب من جرائه نفسه؛ لأن حفظ النفس مقدم على حفظ العقل، وأبيح إتلاف مال الغير إذا أكره الإنسان على ذلك؛ لأن حفظ النفس مقدم على حفظ المال وهكذا[٧٩].

كما أن الفقهاء وبنظر دقيق وازنوا في ذلك بين النفس والأعضاء، وبين المال الكثير والقليل، وبين هلاك الإنسان والحيوان، وفتحوا المجال للموازنة عن طريق الاجتهاد في ضوء المراتب السابقة، وفي هذا يقول العز بن عبد السلام: «مفسدة فوات الأعضاء والأرواح أعظم مفسدة من فوات الأبضاع، ومفسدة فوات الأبضاع أعظم من مفسدة فوات الأموال، ومفسدة فوات الأموال النفيسة أعظم من مفسدة فوات الأموال الخسيسة، ومفسدة هلاك الإنسان أعظم من مفسدة هلاك الحيوان».

ويقول أيضاً: «إذا وجد من يصول على بضع محرم ومن يصول على عضو محرم أو نفس محرمة أو مال محرم، فإن أمكن الجمع بين حفظ البضع والعضو والمال والنفس، جمع بين صون النفس والعضو والبضع والمال لمصالحها، وإن تعذر الجمع بينها قدم الدفع عن البضع على الدفع عن المال، وقدم الدفع عن المال الخطير عن الدفع عن المال الحقير إلا أن يكون صاحب الخطير غنياً، وصاحب الحقير فقيراً لا مال له سواه، ففي هذا نظر وتأمل»[٨٠].

التقسيم الثاني:

تنقسم المقاصد فيه باعتبار تعلقها بعموم الأمة وجماعتها أو بأفرادها إلى قسمين: مقصد هدف فيه الشارع إلى حماية مصلحة كلية تعود إلى عموم الأمة أو جماعة عظيمة منها، مثل حماية الأمة من الاعتداء عليها صوناً لدينها ومقدراتها ومثُلها، وحفظها من التفرق بسلامة كيانها ليكون كياناً قادراً على حفظ نفسه ورد الاعتداء عنه، وحفظ الدين من الزوال بتعهد إحياء تعاليمه في الأجيال المتعاقبة.

ومصلحة جزئية خاصة هي مصلحة الفرد أو الأفراد القليلين في رعاية مصالحهم، وقد

تكفل بذلك تشريع المعاملات الذي حمى حقوق الأفراد، وصانها بمستوى رفيع من العدالة في ظل الترتيب السابق للمقاصد إلى ضرورية وحاجية وتحسينية[٨١].

التعارض بين المصلحة العامة والخاصة:

وتقسيم المصالح إلى عامة وخاصة يعين عند الموازنة بين المصلحتين فإن الشريعة تقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

ومن شواهد ذلك في أحكامها نهى الرسول ﷺ عن تلقي الركبان أي تلقي الذين يجلبون إلى البلد السلع والبضائع وشرائها منهم ثم بيعها بالسوق مع أخذ الربح الزائد في ذلك، فقد نهى الرسول ﷺ عن هذا النوع من البيوع في قوله: «لا تلقوا الركبان» والحكمة في منعه تقديم المصلحة العامة، وهي مصلحة أهل السوق جميعهم على مصلحة خاصة هي مصلحة المتلقي في حصوله على السلعة وعود الربح عليه وحده من ذلك[٨٢].

وبيع الحاضر للباد[٨٣]. فقد نهى الرسول ﷺ عنه أيضاً في قوله: «لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»[٨٤]، وصورته أن يجيء إلى البلد غريب بسلعة يريد بيعها بسعر الوقت في الحال، فيأتيه الحاضر فيقول: ضعها عندي لأبيعها لك على التدريج بأغلى من هذا السعر.

فهذا البيع منهي عنه بنص الحديث، والعلة في منعه ملاحظة مصلحة أهل الحضر وهي مصلحة عامة، وإن كان فيه تفويت مصلحة البادي وهي مصلحة خاصة[٨٥].

ومن صوره في النظر الاجتهادي ما ذهب إليه الإمام الغزالي بأن الكفار لو تترسوا بجماعة من أسرى المسلمين، يجوز للمسلمين قتل الترس للوصول إلى قتل أعدائهم، وقد اعتمد الإمام الغزالي في ذلك على تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة حيث يقول: «إذ أننا لو كففنا عن قتل الترس لسلطنا الكفار على جميع المسلمين فيقتلونهم ثم يقتلون الأسارى أيضاً» ثم يقول في موضع آخر: «إن ذلك عرف لا بنص واحد معين بل بتفاريق أحكام وتفاريق دلالات لم يبق معها شك في أن حفظ خطة الإسلام ورقاب المسلمين أهم في مقاصد الشرع من حفظ شخص معين»[٨٦].

التقسيم الثالث:

تنقسم المصالح من حيث الجزم بها وعدمه إلى مصالح قطعية وظنية ووهمية، فالمصالح القطعية هي المصالح التي دل عليها النص القطعي الذي لا يحتمل في دلالته تأويلاً آخر كمصلحة القصاص في قوله تعالى: ﴿ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب﴾[٨٧].

ويدخل في ذلك ما أرشدت إليه الأدلة الكثيرة والاستقراء من المصالح، مثل مصلحة حفظ الكليات الخمس السابقة، فقد اتفقت الملة بل كل الملل عليها، وعلمها عند الأمة

كالضروري، ولم يثبت ذلك بدليل واحد، ولا بشهادة أصل معين، بل علمت ملاءمه حفظها للشريعة، ومناسبتها بأدلة كثيرة لا تنحصر فكانت قطعية لذلك[٨٨].

والمصالح الظنية هي المصالح التي يظنها العقل في ضوء الضوابط السابقة للمقاصد ويصل إليها اعتماداً على الاجتهاد لا النص، كالقياس القائم على العلة المفضية إلى الحكمة والمصلحة، وكذلك المصالح المرسلة عند الآخذين بها، والاستحسان وبخاصة الاستحسان المصلحي، ويدخل في ذلك أيضاً المصالح التي لاحظتها نصوص ظنية في ثبوتها، مثل قوله ﷺ: «لا يقضي القاضي وهو غضبان»[٨٩].

والمصالح الوهمية هي المصالح المبنية على التخيل المحض وهي عند التأمل ضرر كتناول المخدرات وشرب المسكرات فقد يتوهم متعاطيها مصلحة فيها لكنها ضرر محقق وفساد مؤكد تضر بالجسد وتنهكه وتتلف الأعصاب وتصيب متعاطيها بالكسل والخمول[٩٠].

المبحث الثاني
«المقاصد في فقه الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين»

١ ـ المقاصد في فقه الصحابة :

كان الصحابة ـ رضوان الله عليهم ـ يتعلقون في فتاواهم واجتهاداتهم بمقاصد الشريعة بما وقر في نفوسهم من إدراك لحكمها، وتعرف على أنحاء مصالحها، تسندهم في ذلك ملكة ممتازة في الفهم، وذوق رفيع في الفقه، وقد اكتسبوا ذلك من صحبتهم للرسول ﷺ، وركزته في نفوسهم بنحو أجلى نظرتهم للشريعة في مجموعها، وملاحظة مبادئها العامة، وأسسها الكلية.

والمتتبع لفتاواهم في ذلك يجد أنهم كانوا يلاحظون المقاصد في كثير مما يعرض لهم، فهم يجعلونها حكماً في قبول أخبار الآحاد التي تروى لهم عن الرسول ﷺ، ويجعلونها معيناً في تفسير النصوص كما كانوا يعتمدون عليها كثيراً في المسائل التي لم يرد فيها عن الشارع نص ولكن مقاصد الشريعة شهدت لها مما سماه الأصوليون في عصر لاحق بالمصالح المرسلة.

ومن صور ردهم لأخبار الآحاد التي لا تنسجم مع مقاصد الشريعة رد السيدة عائشة وابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ لخبر أبي هريرة في غسل اليدين قبل إدخالهما في الإناء لمخالفته لقاعدة رفع الحرج(٩٠).

ومن صور استعانتهم بالمقاصد في تفسير النصوص ما روي عن علي وعمر ابن مسعود وعثمان وزيد بن ثابت من تفسيرهم للثلث في قوله تعالى: ﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد، فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث﴾(٩١)، إن المراد به ثلث الباقي، وتأسيساً على ذلك قالوا إن فرض الأم «إذا اجتمع معها الأب وأحد الزوجين هو ثلث الباقي بعد فرض أحد الزوجين، نظراً للمعنى المقصود من تشريع الحكم لأن الأب والأم ذكر وأنثى ورثا بجهة واحدة فللذكر مثل حظ الأنثيين شأنهما في ذلك شأن الأولاد وغيرهم(٩٢).

ويدخل في هذا النوع أيضاً اجتهاد سيدنا عمر بعدم إعطاء المؤلفة قلوبهم من الزكاة استناداً إلى أن الغرض من إعطائهم هو تأليفهم لما كانت هناك حاجة إلى ذلك التأليف، أما وقد عزّ الإسلام فليس ثمة داع لإعطائهم من الزكاة، وقد انتهى سيدنا عمر إلى

اجتهاده من خلال فهمه لقوله تعالى : ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم﴾[٩٣]. في ضوء مقصد الشارع من الحكم وربط الحكم فيما ذكر بعلته وجوداً وعدماً، فيعتبر ذلك منه تفسيراً للنص وتطبيقاً له على الوجه الذي ينبغي أن يطبق عليه وليس هو من باب معارضة النص بالمصلحة كما بدا لكثير من الكاتبين[٩٤].

أما اجتهاداتهم التي اعتمدوا فيها على المقاصد العامة للتشريع عند عدم وجود نص فكثير منها :

(أ) اتفاقهم على منع سيدنا أبي بكر حينما ولى الخلافة من التجارة والتحرف، وأن تكون نفقته من بيت المال، تقديماً منهم للمصلحة العامة وهي مصلحة النظر في مصالح المسلمين على مصلحة سيدنا أبي بكر الخاصة في ممارستهم للتجارة[٩٥].

(ب) حكمهم بتضمين الصناع[٩٦] : جاء في المنتقى شرح الموطأ «وضمانهم - أي الصناع - مما أجمع عليه العلماء، قال القاضي أبو محمد : «إنه إجماع الصحابة»، وقال علي بن أبي طالب : «لا يصلح الناس إلا ذاك»[٩٧].

(جـ) ما أثر عن سيدنا عمر أنه وجد رجلاً يبيع ويرخص في السعر عما عليه أهل السوق فنهاه عن ذلك، دفعاً للضرر الذي يلحق غيره من التجار، ورعاية لمصلحتهم - روى الإمام مالك في الموطأ عن يونس بن يوسف عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب مر بحاطب بن أبي بلتعة وهو يبيع زبيباً بالسوق فقال له عمر : إما أن تزيد في السعر، وإما أن ترفع من سوقنا»[٩٨]، وفي هذا يقول الزرقاني : «فقد نهاه عن نقص السعر لأنه كان يبيع بأرخص مما يبيع أهل السوق دفعاً للضرر ورعاية للمصلحة»[٩٩].

(د) حكم سيدنا عمر في قضية الخليج - مجرى ماء - بإجرائه في أرض محمد بن مسلمة، وذلك حين أراد الضحاك بن خليفة الأنصاري أن يشرع خليجاً - من القريض - واد بالمدينة - إلى أرضه لتروى منه، فلم يقدر إلا أن يمرّه بأرض محمد بن مسلمة فأبى عليه محمد ذلك، فقال له الضحاك : لِمَ تمنعني، وهو لك منفعة تشرب منه أولاً وآخراً ولا يضرك؟ فأصر على إبائه، فرفع الضحاك أمره إلى عمر. فلما أصر على المنع قال عمر : «والله ليمرنَّ ولو على بطنك»[١٠٠].

فحكم سيدنا عمر هنا بإمرار الخليج حكم يعتمد على المصلحة المفهومة من جملة أحكام الشريعة في رفع الضرر وتحقيق النفع.

(هـ) ما أثر عن سيدنا عمر أيضاً من أنه كان يشاطر الولاة في أموالهم فيجعلها شطرين بينهم وبين المسلمين؛ لأن أموالهم الخاصة تختلط بالأموال التي يكتسبونها بجاه الولاية وسلطانها - وفي حكمه هذا تعلق بالمقاصد من جهة ما فيه من إصلاح للولاة وكفهم عن استخدام سلطة الولاية لجمع المال، مع ما فيه أيضاً من المحافظة على المصالح العامة للمسلمين[١٠١].

وبالجملة فإن فتاوى الصحابة التي تعلقوا فيها بالمقاصد كثيرة، وتدخل فيها كل

فتاواهم بالمصالح المرسلة التي يذكرها الكاتبون في الأصول عادة كدليل من الأدلة المرشحة للأخذ بالمصالح المرسلة كجمع سيدنا أبي بكر للقرآن وجمع سيدنا عثمان له الجمع الثاني، وتوريث سيدنا عثمان للمرأة التي طلقها زوجها ثلاثاً وهو في مرض الموت منه، وغير ذلك كثير، وبالخصوص ما روي عن سيدنا عمر من اتخاذه السجون وضربه للنقود واتجاهاته الأخرى الكثيرة للمصالح في ضوء مقاصد الشارع في إصلاحاته الإدارية والسياسية[١٠٢].

٢ ـ المقاصد في فقه التابعين:

كما تعلق الصحابة في فقههم بالمقاصد فإن التابعين الذين أخذوا عنهم وتتلمذوا لهم كان للمقاصد في فقههم نصيب كبير ومن اجتهاداتهم فيها:

(أ) إجازة أهل المدينة لشهادة الصبيان فيما يقع بينهم من الجراح وحدها دون غيرها بشرط أن يكون ذلك قبل تفرقهم، فإن افترقوا فلا شهادة لهم إلا أن يكون قد سمع قولهم عدول قبل أن يتفرقوا، وحكم أهل المدينة بذلك سنده المصلحة التي تعلقوا فيها بمقصد الشارع في حماية الأنفس والاحتياط للدماء، لأن الصبيان في غالب أحوالهم ينفردون في ملاعبهم، حتى لا يكاد أن يخالطهم غيرهم فيها، فلو لم تقبل شهادتهم فيما يقع بينهم كان ذلك تهاونا في حفظ كلي هو النفس حرصت الشريعة في كافة أحكامها في المحافظة عليه[١٠٣].

(ب) عدم إقامة الحد في حال الحرب: ذهب فقهاء العراق إلى عدم جواز إقامة الحد على من اقترف جرماً يستوجبه من جيش المسلمين في حالة الحرب، لئلا تلحقه حمية فيلتحق بالكفار.

روي عن علقمة قال: «غزونا أرض الروم ومعنا حذيفة وعلينا رجل من قريش، فشرب الخمر، فأردنا أن نحده، فقال حذيفة تحدون أميركم وقد دنوتم من عدوكم فيطمعون فيكم»[١٠٤]. فهذا الحكم مستنده التعلق بالمقاصد ودفع الضرر الأكبر المتوقع في حالة إقامة الحد الذي يفوق المصلحة المترتبة على إقامته.

ويكفي هذان الشاهدان وهما يمثلان فقه مدرستي العراق والحجاز اللتين كانت ترجع إليهما الفتيا في عصر التابعين في الدلالة على تعلق التابعين في فقههم بالمقاصد، وفي هذا الصدد يقول الشيخ علي الخفيف وهو يتحدث عن فقه التابعين: «ومن ثم رأينا منهم فهماً عميقاً للنصوص، وعملاً في الإحاطة بمقاصد الشريعة. وقد حفظ لنا الرواة والتاريخ من ذلك أحكاماً تتفق مع النصوص في روحها، وتخالفها في ظاهرها، وكان مما عرف عنهم في مجال اجتهادهم استخدامهم أحكاماً زاجرة مع ما في ذلك من ترك لظاهر النص، مثل إمضاء الطلاق الثلاث والحكم بتضمين الصناع، وإجازة التسعير، وعدم قبول توبة من تاب بعد تكرار التلصص وقطع الطريق[١٠٥].

٣ - المقاصد في فقه الأئمة المجتهدين :

حينما نأتي للحديث عن تعلق الأئمة المجتهدين بمقاصد الشريعة في أصولهم وفتاواهم نجد أن الإمام مالكاً كان له القدح المعلى في ذلك فقد أثر عنه - أنه كان يقدم القياس المعتضد بقاعدة قطعية على خبر الواحد، وفي ذلك رد حديث إكفاء القدور وتمريغ اللحم في التراب»[١٠٦] لمنافاته لقاعدة رفع الحرج المأخوذة من قوله تعالى ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾[١٠٧].

وفي هذا يقول ابن رشد : «ومالك يقدم القياس الذي تشهد له الأصول على الأثر الذي لا تشهد له الأصول»[١٠٨]، كما أنه كان يعقب على كثير من فتاواه بقوله : «وإذا كانت الضرورة فدين الله يسر»[١٠٩]، ويعمل بالمصالح المرسلة حتى اتهم في ذلك بأنه خلع الربقة[١١٠] وفتح باب التشريع وهيهات ما أبعده عن ذلك - كما يقول الشاطبي - بل هو صاحب البصيرة في دين الله كما نبه أصحابه من كتاب سيره -[١١١]، ومن فتاواه التي اعتمد فيها على المصالح المرسلة :

١ - إجازته لبيعة المفضول وهو الذي يوجد من هو أولى منه بالخلافة إذا خيف عند خلعه وإقامة المستحق مكانه أن تقع فتنة[١١٢].

٢ - إجازته لإمام المسلمين أن يوظف على الأغنياء ما يراه كافيا في الحال إذا خلا بيت المال وارتفعت حاجات الجند إلى أن يظهر مال في بيت المال، وفي هذا يقول الشاطبي : «فإن الإمام لو لم يفعل ذلك لبطلت شوكته وصارت بلاد المسلمين عرضة للفتن»[١١٣].

٣ - ومن فتاواه في ذلك أيضاً أنه إذا طبق الحرام الأرض أو ناحية فيها يعسر الانتقال منها إلى غيرها وانسدت طرق المكاسب الطيبة ومست الحاجة إلى الزيادة على سد الرمق فإنه يجوز لآحاد الناس إذا لم يستطيعوا تغيير الحال، وتعذر عليهم الانتقال إلى أماكن الكسب الحلال يجوز لهم أن يتناولوا من المكاسب الخبيثة ما يدفعون به ضرورتهم ويسدون به حاجاتهم[١١٤].

وفتاواه بالمصلحة المرسلة كثيرة وهو الإمام الذي تميز بالإكثار من الاعتماد عليها في فقه، كما أنه كان يعمل بالاستحسان، وللاستحسان صلة وثيقة بمقاصد الشريعة سوف نبينها عند دراسة المقاصد في أصول الفقه.

أما الإمام أبو حنيفة فقد كان أسلوبه - رضي الله عنه - غنياً بالتحليل والتعليل والغوص وراء المعاني، والبحث عن العلل، وكان يمضي أحكامه على القياس، فإذا قبح القياس يمضيها على الاستحسان مادام يمضي له، فإذا لم يمض له رجع إلى ما يتعامل به المسلمون[١١٥].

وهذا الأسلوب الذي تميز به الإمام أبو حنيفة ومنهجه يجعل فقهه مرتبطاً بمقاصد الشريعة، غير أننا إذا أردنا أن نفرق بينه وبين الإمام مالك في ذلك يمكن أن نجعل

الفارق بينهما من جهة أن الإمام أبا حنيفة كان نظره للمقاصد من خلال دليلي القياس والاستحسان، أما الإمام مالك فقد كان نظره إليها في اجتهاده من خلال المصالح المرسلة والاستحسان.

والإمام الشافعي يأخذ بالقياس وفي ذلك نظر للمقاصد كما أنه يتمسك بالمصالح المستندة إلى أوضاع الشرع ومقاصده على نحو كلي وإن لم يستند إلى أصل جزئي، كما يقرر ذلك الزنجاني وهو شافعي(١١٦).

والإمام أحمد بن حنبل يأخذ بالقياس والمصالح المرسلة كما أن فقهاء مذهبه يصرحون باعتبار الضرورة وجلب المصلحة ودرء المفسدة ويتردد ذلك كثيراً عند ابن تيمية في فتاويه، كما أن ابن القيم يخصص فصلاً في كتابه إعلام الموقعين لابتناء الشريعة على المصالح(١١٧).

وبالجملة فإن الأئمة المجتهدين جميعهم من اشتهرت مذاهبهم منهم وهم الذين ذكرناهم ومن لم تشتهر مذاهبهم يبنون فتاواهم واجتهاداتهم على مقاصد الشريعة إلا الظاهرية الذين تمسكوا بظواهر النصوص ولم يجيزوا التعليل وبالتالي الرأي والقياس، ومع ذلك فإن موقفهم هكذا لا يعني أنهم ينفون أن للشريعة مقاصد لكنهم وقفوا في حدود المقاصد التي قامت النصوص شواهد عليها وتركوا ما وراء ذلك، وهو مسلك فيه ضعف، لأن إعمال المقاصد فيما لم يرد فيه عن الشارع نص فيه حياة للتشريع، ومسايرة للظروف المختلفة، والأوضاع المتباينة في ظل شريعة الله الخالدة التي اختارها للبشرية إلى أن يرث الأرض ومن عليها.

المبحث الثالث
المقاصد في مباحث علم أصول الفقه

نتيجة للارتباط الكبير بين مقاصد الشريعة والفقه، فقد ظهر أثر المقاصد واضحاً في علم أصول الفقه، وهو علم دوِّن في مرحلة لاحقة لتدوين الفقه، ليكون ضابطاً لحركة الاجتهاد فيه بحسبان أنه: «قواعد يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية»[١١٨].

وما دام هذا شأن علم أصول الفقه ودوره فإنه لابد من أن تكون مقاصد الشريعة من بين مباحثه بل داخلة في قواعده، ولهذا أصاب بعض الكاتبين المحدثين في علم أصول الفقه حين شرح كلمة «القواعد» الواردة في تعريف علم الأصول بما يجعلها شاملة للقواعد اللغوية والقواعد الشرعية وهي مقاصد الشريعة من جهة أن الشارع ما وضع الشريعة وأمر الناس باتباعها إلا لإصلاح معاشهم ومعادهم، وقد سلك لذلك طرقاً وبنى أحكامه على قواعد، فإذا عرفت الطرق التي سلكها والمصالح التي اعتد بها، سهل عند الاستنباط اقتفاء آثاره، والنسج على منواله والعمل لتحقيق أغراضه[١١٩].

وإذا تتبعنا مباحث أصول الفقه نبحث عن وضعية المقاصد فيها، نجد:

إن الأصوليين اشترطوا في المجتهد ـ في باب الاجتهاد ـ أن يكون عارفاً بمقاصد الشريعة جملة وتفصيلاً[١٢٠]، وفي هذا يقول الشاطبي: «إنما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين: أحدهما: فهم مقاصد الشريعة على كمالها، والثاني التمكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها» ثم يقول: «أما الأول فقد مر في كتاب المقاصد أن الشريعة مبنية على اعتبار المصالح، وأن المصالح على ثلاث مراتب، فإذا بلغ الإنسان مبلغاً فهم فيه عن الشارع قصده في كل مسألة من مسائل الشريعة، وفي كل باب من أبوابها فقد حصل له وصف هو السبب في تنزله منزلة الخليفة للنبي ﷺ في التعليم والفتيا والحكم بما أراد الله»[١٢١].

وأهمية معرفة مقاصد الشريعة والعلم بها للمجتهد تأتي من جهة كون الاجتهاد إما أن يكون اجتهاداً في نص ظني الدلالة لتفسيره وتأويله وبيان المراد منه[١٢٢]، وإما أن يكون اجتهاداً في أمر لا نص فيه.

والمجتهد في الحالين يحتاج لمعرفة مقاصد الشريعة لتعينه في اجتهاده.

أما في تفسير النصوص فلأن دلالات الألفاظ على المعاني، قد تحتمل عدة وجوه والذي يرجح واحداً منها هو الوقوف على مقصد الشارع كما أن بعض النصوص قد تتعارض، والذي يرفع هذا التعارض، ويوفق بينها أو يرجح أحدها على الآخر هو الوقوف على مقصد الشارع[١٢٣].

وهذا بالضرورة بالإضافة إلى معرفة المجتهد باللغة العربية ودقة مدركه فيها، ومعرفته بالقواعد الأصولية اللغوية كالعام والخاص، والمطلق والمقيد، والمشترك والمجمل والظاهر والمؤول وغير ذلك مما اشتملت عليه طرق الاستنباط ووسائله في علم أصول الفقه[١٢٤].

وإذا كان اجتهاده في واقعة لم يشملها نص فإن تعرضه لبيان حكم تلك الواقعة إما أن يكون عن طريق القياس أو المصلحة والاستحسان وسد الذرائع، وكل هذه الأصول الاجتهادية في علم أصول الفقه تدخلها المقاصد بل إن بعضها قائم في الأساس على رعاية المقاصد مما يلزمني بالحديث عن كل مصدر من هذه المصادر مبيناً صلته بالمقاصد.

١ ـ القياس ومقاصد الشريعة:

القياس في أيسر تعريفاته عند الأصوليين هو: إلحاق واقعة لا نص على حكمها بواقعة ورد نص بحكمها لتساوي الواقعتين في علة الحكم[١٢٥].

ومن أمثلته أن الله تعالى حرم الخمر نصاً بقوله: ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون﴾[١٢٦]. والخمر التي ورد عليها التحريم هي الخمر المتخذة من العنب، والعلة في تحريمها الإسكار المفضي إلى ضياع العقل، والعقل كلية من الكليات التي ذكرت أن الشارع حافظ عليها وجعل حمايتها مقصداً من مقاصده، فإذا وجدنا علة الإسكار هذه في نبيذ آخر ـ لم يتخذ من العنب ـ فإن حكمه التحريم قياساً على الخمر التي ورد عليها التحريم بالنص لاشتراكهما في علة التحريم.

ومن هذا التعريف للقياس وإيراد مثال له نلاحظ صلة القياس كمصدر اجتهادي بمقاصد الشريعة من جهة أن الله سبحانه ما شرع حكماً إلا لمصلحة، وأن مصالح العباد هي غايته في التشريع، فإذا ساوت الواقعة التي لا نص فيها الواقعة المنصوص عليها في العلة، قضت الحكمة والعدالة أن تساويها في الحكم تحقيقاً للمصلحة التي هي مقصود الشارع من التشريع، إذ لا يتفق وعدل الله وحكمته أن يحرم شرب الخمر محافظة على عقول عباده، ويبيح نبيذاً آخر فيه خاصية الإسكار التي حرمت من أجلها الخمر؛ لأن مآل هذه المحافظة على العقول من مسكر، وتركها لتذهب بمسكر آخر[١٢٧].

ولابتناء القياس على المقاصد على وفق النظر السابق تمسك بعض الأصوليين بأن تكون المقاصد نفسها هي العلة في الحكم[١٢٨]. إلا أن الجمهور قرر أن التعليل يكون بالوصف الظاهر المنضبط المفضي إلى المقاصد، لأن المقاصد والحكم وإن كانت هي

الباعث على تشريع الحكم لكنها قد تكون خفية لا تدرك بحاسة ظاهرة، أو تكون غير منضبطة تختلف باختلاف الأحوال والأشخاص.

فالبيوع مثلاً - حكمتها ومقصدها - كما سلف تقريره - دفع الحرج عن الناس بسد حاجاتهم، والحاجة أمر خفي فقد تكون المعاوضة بالبيع لحاجة أو لغير حاجة، وإباحة الفطر في رمضان للمسافر والمريض حكمته دفع المشقة، والمشقة تختلف باختلاف الظروف والناس.

وما دام هذا شأن الحكمة، فقد قرر جمهور الأصوليين عدم التعليل بها والاستعاضة عنها بالوصف الظاهر المنضبط المناسب لربط الحكم به من جهة أنه يفضي إليها، في غالب أحواله(١٢٩).

وصلة القياس بالمقاصد وإن بدت من خلال الوجهين السابقين تبدو أيضاً من وجه آخر، وهو أن الأصوليين قرروا فيما يتصل بالوصف الظاهر المنضبط الذي رجحوا كون التعليل يكون به، قرروا أن معرفة هذا الوصف إما أن تكون عن طريق النص أو الإجماع أو الاستنباط (تخريج المناط)(١٣٠).

وفي الطريق الأخير لمعرفة العلة وهو الاستنباط اعتمدوا المناسبة طريقاً لمعرفة علية الوصف - أي مناسبة الوصف الذي يجعل علة عن طريق الاجتهاد لربط الحكم به من جهة إفضائه إلى المصلحة التي قصدها الشارع من الحكم - ولهذا جاء تعريفهم للمناسب بأنه: «وصف ظاهر منضبط يحصل عقلاً من ترتيب الحكم عليه ما يصلح أن يكون مقصوداً من جلب مصلحة أو دفع مضرة»(١٣١). كمناسبة الإسكار في كونه علة لتحريم الخمر، فإن النظر في المسكر وحكمه ووضعه يعلم منه كون الإسكار مناسباً لربط الحكم به(١٣٢).

وكالقتل العمد العدوان فهو وصف مناسب ملائم لربط القصاص به لأن الشأن في هذا الربط تحقيق الحكمة المقصودة من تشريع القصاص وهو كف النفوس عن العدوان وبالتالي حفظ الذوات من الهلاك(١٣٣).

ولارتباط المناسبة الوثيق بمقاصد الشريعة سماها بعض الأصوليين برعاية المقاصد(١٣٤). كما أن الحديث عن مقاصد الشريعة وأقسامها ومراتبها كان يأتي في غالبه عند الأصوليين من خلال مباحثها كما بيناه في مقدمة هذا البحث.

٢ - المصالح المرسلة ومقاصد الشريعة:

المصالح المرسلة عند الآخذين بها تعتمد على مقاصد الشريعة جملة وتفصيلاً، لأنها تعني في تعريفهم لها: «كل مصلحة داخلة في مقاصد الشرع دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء»(١٣٥)، فهي المصدر الاجتهادي الذي يتم فيه الإلحاق على جملة أحكام الشريعة لا على نص بعينه أو واقعة بخصوصها، وفي هذا يقول الشاطبي: «كل

أصل شرعي لم يشهد له نص معين، وكان ملائماً لتصرفات الشرع، ومأخوذاً معناه من أدلته، فهو صحيح يبنى عليه ويرجع إليه». إلى أن يقول: «ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل الذي اعتمده مالك والشافعي، فإنه وإن لم يشهد له أصل معين فقد شهد له أصل كلي، والأصل الكلي إذا كان قطعياً قد يساوي الأصل المعين وقد يربو عليه، بحسب قوة الأصل المعين وضعفه»[١٣٦].

وهذا الإلحاق الذي يبنى فيه الحكم على المصلحة لا يحصل إلا للعارفين بمقاصد الشريعة المدركين لحكمها، المتشربين بروحها، وهو أمر لا يتم إلا لمن تتبع تلك المقاصد من المجتهدين حتى يحصل له من ذلك عرفان إن هذه مصلحة لا يجوز إهمالها، وتلك مفسدة لا يجوز قربانها[١٣٧].

ولعلاقة المصالح المرسلة بالمقاصد نجد أن الآخذين بها جعلوا من بين أدلتهم على الأخذ بها: «إن المصلحة إذا كانت ملائمة لمقاصد الشارع، ومن جنس ما أقره من مصالح، فإن الأخذ بها يكون موافقاً لمقاصده، وإهمالها يكون إهمالاً لمقاصده، وإهمال مقاصد الشارع باطل في ذاته، فيجب الأخذ بالمصلحة على أساس أنها أصل قائم بذاته، وهو ليس خارجاً عن الأصول، بل هو متلاق معها غير منافر لها»[١٣٨]. كما أن الحديث عن المقاصد يأتي من خلالها كما يأتي من خلال القياس لأنها الأصل الكبير الذي يسع كل ما لم يسعه القياس من جهة، وأنها شريكة للقياس في المناسبة من جهة أخرى لأن الوصف المناسب إما أن يكون علة لحكم منصوص عليه بعينه فيقاس عليه غيره بشكل قريب، أو وصفاً مناسباً مرسلاً فيقاس عليه غيره بشكل بعيد، ولهذا سماها بعضهم بالمناسب المرسل أو[١٣٩] القياس المرسل[١٤٠].

الاستحسان ومقاصد الشريعة:

أما صلة الاستحسان بمقاصد الشريعة فتأتي من جهة أن الاستحسان عند الآخذين به من الحنفية والمالكية والحنابلة عملاً بجملة تعريفاتهم له هو: «العدول بحكم المسألة عن نظائرها إلى حكم آخر لدليل شرعي»[١٤١].

وأن هذا العدول إما أن يكون عن طريق ترجيح قياس خفي على قياس جلي وهو ما يسمونه بالاستحسان القياسي، أو عن طريق استثناء مسألة جزئية من أصل كلي عام أو قاعدة عامة بناء على دليل خاص يقتضي ذلك وهو ما يسمونه بالاستحسان الاستثنائي. والدليل الخاص إما أن يكون نصاً، أو إجماعاً، أو عرفاً، أو ضرورة أو مصلحة.

هذا.. والاستحسان في أصل فكرته، وفي تفاصيل وجوهه مرتبط بمقاصد الشريعة.

فكرة الاستحسان والمقاصد :

الاستحسان تقوم فكرته أساساً على العدول من دليل إلى دليل آخر، كما ذكرت ـ وبناء على فكرته هذه فهو مرتبط بمقاصد الشريعة لأن الحامل على ذلك العدول في كل أحواله هو ملاحظة مقصد الشارع في تحقيق اليسر ودفع العسر والحرج وذلك المراد يتضح في كثير من التعريفات التي وردت للاستحسان على ألسنة العلماء من الحنفية والمالكية، فالسرخسي من الحنفية ـ يعرفه ـ بأنه «ترك القياس والأخذ بما هو أرفق للناس، والسهولة في الأحكام فيما يبتلى فيه الخاص والعام، والأخذ بالسعة وابتغاء الدعة، أو الأخذ بالسماحة، وابتغاء ما فيه الراحة»[١٤٢].

وابن رشد من المالكية يعرفه بأنه : «الالتفاف إلى المصلحة والعدل»[١٤٣]، والشاطبي في الموافقات يبين صلته بالمقاصد بما هو أوضح من ذلك فيقول «إن من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المفروضة كالمسائل التي يقتضي القياس فيها أمراً إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوت مصلحة من جهة أخرى، أو جلب مفسدة كذلك، وكثيراً ما يتفق هذا في الأصل الضروري مع الحاجي، والحاجي مع التكميلي أو الضروري مع التكميلي وهو ظاهر، وله في الشرع أمثلة كثيرة.

أوجه الاستحسان ومقاصد الشريعة :

وكما ارتبط الاستحسان من حيث فكرته ومنطقه بالمقاصد فهو أيضاً مرتبط بالمقاصد في أوجهه المختلفة ففي ترجيح القياس الخفي على الجلي وهو نوع من الاستحسان يكثر في فقه الحنفية لفرط إعمالهم للقياس : قوة التأثير في الخفي التي تجعله مقدماً على الجلي، ترجع إلى أن القياس الخفي يكون أكثر مناسبة وأدعى للإتيان بالمقصود[١٤٤].

أما الاستحسان الاستثنائي فيرجع بعامة وجوهه إلى رعاية مقاصد الشريعة لأن الاستثناء ما جاء إلا للترخيص ورفع الحرج، وخوف فوت مصلحة أعلى من المصلحة التي اقتضتها القاعدة التي ورد الاستثناء عليها في الحالة الخاصة التي هي محل الاستثناء، وفي هذا يقول العز بن عبد السلام : «اعلم أن الله شرع لعباده السعي في تحصيل مصالح عاجلة وآجلة تجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى منها ما لابسته مشقة شديدة أو مفسدة تربو على تلك المصالح، وكذلك شرع لهم السعي في درء مفاسد الدارين أو في أحدهما تجمع كل قاعدة منها علة واحدة ثم استثنى منها ما في اجتنابه مشقة شديدة أو مصلحة تربو على تلك المفاسد، وكل ذلك رحمة بعباده، ونظر لهم ورفق، يعبر عن ذلك بما يخالف القياس، وذلك جار في العبادات والمعاوضات وسائر التصدقات»[١٤٥].

والناظر في أمثلتهم لهذا النوع من الاستحسان يجدها لا تخرج عما أوردناه سابقاً عند الموازنة بين أنواع المصالح المختلفة في ضوء المقاصد، فهم يمثلون لاستحسان النص بالسلم والمزارعة والمساقاة، وهذه كما ذكرت من قبل عقود شرعت استثناء من القاعدة العامة، وقد لاحظ الشارع في استثنائها التيسير على الناس والرفق بهم، ومراعاة حاجاتهم.

ويوردون في استحسان الإجماع «الاستصناع»[١٤٦]، والإجماع فيه مبني على المصلحة القائمة على حاجة الناس إلى هذا النوع من التعامل وجريان عرفهم به، ويمثلون لاستحسان العرف بجواز إجارة الحمام بأجرة معينة دون تحديد لقدر الماء المستعمل في الحمام، ومدة الإقامة فيه، فإن القواعد العامة تقضي بعدم جواز ذلك، لأن عقد الإجارة يقضي بتقدير الماء وغيره أي العلم بالمعقود عليه علماً يمنع من المنازعة، لأن العقد على المجهول لا يجوز والجهالة فيه تفسد العقد، لكنهم أجازوا إجارة الحمام بما في ذلك من جهالة استحساناً لجريان العرف بذلك، وهو عرف يكشف عن حاجة الناس الماسة إلى هذا النوع من التعامل[١٤٧].

أما استحسان «الضرورة» فهو أن توجد ضرورة تحمل على ترك القاعدة العامة والأخذ بمقتضى الضرورة أو الحاجة، ويمثل له الحنفية بتطهير الآبار التي تقع فيها نجاسة، فمقتضى القواعد العامة أنه لا يمكن تطهيرها بنزح الماء كله أو بعضه لأن الماء إذا نزح كله فسوف ينبع ماء آخر يتصل بالنجاسة المترسبة في قاع البئر، فلا يكون في ذلك طهارة لها، كما أن نزع بعضه واضح حسب القواعد العامة عدم كفايته في تطهيرها، لأنه لا يعني زوال النجاسة منها، ولما كان هذا شأن القواعد العامة، فقد أفتى فقهاء الحنفية بالاكتفاء بنزح قدر معين من الماء للضرورة المحوجة إلى ذلك، ودفعاً للحرج عن الناس على سبيل الاستحسان المبني على الضرورة[١٤٨].

واستحسان المصلحة هو ترك القاعدة العامة للمصلحة، ويمثل له الأصوليون بتضمين الأجير المشترك ما يهلك عنده من أمتعة الناس إلا إذا كان الهلاك بقوة غالبة لا يمكن دفعها أو التحرز منها، مع أن الأصل العام يقضي بعدم تضمينه إلا بالتعدي والتقصير؛ لأنه أمين. إلا أن الضمان جاء من جهة الاستحسان رعاية لمصلحة الناس بالمحافظة على أموالهم عندما ضعف الوازع الديني وخربت الذمم وشاعت الخيانة[١٤٩].

وصلة هذا النوع من الاستحسان بمقاصد الشريعة واضحة، وقد ذكرته قبل هذا مثالاً من أمثلة أخذ الصحابة بالمصالح في ضوء مقاصد الشارع.

٤ ـ سد الذرائع ومقاصد الشريعة:

الذريعة في اللغة الوسيلة والطريقة إلى الشيء[١٥٠].

وفي الاصطلاح تعني «المسألة التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل

محظور»[١٥١]. فكل مباح في ذاته ولكنه يؤدي إلى ممنوع فهو ممنوع سداً للذريعة.
وقاعدة سد الذرائع ذات صلة بالمقاصد لأنها قامت لحماية تلك المقاصد، ومنع كل مباح يؤدي إلى الإخلال بها وإن كان مشروعاً في ذاته، وفي هذا يقول الشاطبي ـ بعد أن سلك الذرائع في مآلات الأفعال والنظر في نتائجها وثمراتها قال: «ومنها ـ يشير إلى مآلات الأفعال ـ قاعدة الذرائع التي حكمها مالك في أكثر أبواب الفقه، فإن حقيقتها التوسل بما هو مصلحة إلى مافيه مفسدة»[١٥٢].

وفي ذلك يقرر القرافي ـ وهو بصدد الحديث عن سد الذرائع ـ أن موارد الأحكام على قسمين: مقاصد: وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها، ووسائل: وهي الطرق المفضية إليها، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم وتحليل، غير أنها أقل رتبة من المقاصد في حكمها، والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، والوسيلة إلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل، وإلى ما هو متوسط متوسطة[١٥٣].

ويرتب على ذلك أيضاً أنه كلما سقط اعتبار المقصد سقط اعتبار الوسيلة؛ لأنها تبع له في الحكم[٢].

وهكذا تظهر لنا الصلة التامة بين قاعدة سد الذرائع ومقاصد الشريعة، ومن الباب الذي دخلت منه قاعدة سد الذرائع إلى المقاصد، تدخل أيضاً قاعدة الحيل الممنوعة لأن حقيقتها تقديم علمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة، ولهذا منعت، فإن من يهب ماله في آخر الحول ظاهر عمله هذا الجواز لأن الهبة مشروعة ولكنه إذا قصد بذلك الفرار من أداء الزكاة كان ذلك غير جائز لأنه قصد إلى إبطال حكم من الأحكام الشرعية[٣].

المبحث الرابع
«المقاصد في قواعد الفقه الكلية»

قواعد الفقه الكلية هي مجموعة الأحكام المتشابهة التي ترجع إلى ضابط كلي يجمعها كقواعد الملكية في الشريعة، وقواعد الضمان، وقواعد الخيارات[١٥٦].

وقد انتبه إلى هذا النوع من الفنون الفقهية علماء المسلمين في مرحلة متأخرة، بعد أن دون الفقه، ذلك أن الفقه الإسلامي كان في نشأته الأولى فقهاً فروعياً يعالج المسائل من منطق واقعها، وظروفها وملابساتها معتمداً على أصول الفقه وقواعد الاستنباط، ثم بعد اكتمال تلك الفروع وتدوينها، عمد الفقهاء إلى جمعها وصياغتها في قواعد ليسهل عليهم معرفة تلك الفروع، لأن الفروع الفقهية في جزئياتها المتناثرة كثيرة لا يمكن إحصاؤها فضلاً عن معرفتها فلابد إذن من جمعها في ضوابط، وقواعد كلية يمكن بمعرفتها معرفة الفروع الفقهية المتشابهة التي تندرج تحتها[١٥٧].

هذا ويفرق بين أصول الفقه وقواعد الفقه بأن أصول الفقه يمثل القواعد الأساسية التي يرجع إليها في استنباط الأحكام الفقهية نفسها من أصولها ومصادرها باستخدام القواعد المعينة في ذلك سواء كانت قواعد لغوية أو شرعية، وهو بهذا الاعتبار سابق في وجوده للفقه، لأن كل فقيه يصل إلى حكم من الأحكام لابد من أن يكون قد وصل إليه عن طريق استخدام وسائل معينة له في ذلك، وألزم نفسه بمنهج في الاستنباط وأسلوب فيه، وأما القواعد الفقهية فهي ثمرة للأحكام الفقهية الجزئية لأنها عبارة عن تجميع لتلك الفروع في قواعد، ولذلك فهي مدينة في وجودها للفروع الفقهية وبالضرورة تالية لها في الوجود[١٥٨].

المقاصد في قواعد الفقه الكلية :

حفلت القواعد الكلية في الفقه الإسلامي بمجموعة من القواعد الفقهية التي ترجع إلى رعاية المقاصد في الشريعة الإسلامية، وتلك القواعد في حقيقتها صدى للأثر الكبير الذي أحدثته نظرية المقاصد في الفروع الفقهية في مختلف المذاهب الفقهية، وانعكاس مباشر لذلك الأثر.

ومن تلك القواعد :

١ - الضرر يزال شرعاً: هذه القاعدة ترجع إلى رعاية مقاصد الشرع في نفي الضرر، وأصلها حديث: «لا ضرر ولا ضرار»[١٥٩]. وغيره من نصوص القرآن والسنة التي نهت عن الضرر والفساد، وهدت إلى ملاحظة مقاصد الشريعة في ذلك[١٦٠].

ومن تطبيقات هذه القاعدة الفقهية ثبوت حق الشفعة للشريك، وثبوت خيار العيب الذي شرع لإزالة الضرر عن المشترى الذي اشترى سلعة سليمة من العيوب في اعتقاده ثم وجدها معيبة فجعل له الخيار في ردها دفعاً للضرر عنه، وغير ذلك من الفروع الفقهية وهي كثيرة[١٦١].

٢ - الضرر لا يزال بالضرر: هذه القاعدة مرتبطة بالقاعدة الأولى في أن الضرر يزال شرعاً لكن إذا ترتب على ذلك الضرر حدوث ضرر آخر، فإن الموازنة تقضي بعدم إزالة ذلك الضرر بارتكاب ضرر آخر.

ومن فروع هذه القاعدة عدم جواز دفع الإنسان للغرق عن أرضه بإغراق أرض غيره، ولا أن يحفظ ماله بإتلاف مال غيره، كما أنه لا يجوز في ضوء هذه القاعدة للمضطر أن يتناول طعام مضطر آخر مثله.

وفي معنى هذه القاعدة قاعدة أخرى وهي «دفع المضار مقدم على جلب المنافع»[١٦٢].

٣ - يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام:

هذه القاعدة أيضاً ترجع إلى تحكيم المقاصد في دفع الضرر، وتقرر أن الضرر الخاص ينبغي تحمله في سبيل دفع الضرر العام، لأن المصلحة الكلية أهم في رعايتها من المصلحة الجزئية، وقد تعرضت للفكرة التي قامت عليها هذه القاعدة عند الحديث عن تقسيم المصالح إلى كلية وجزئية.

ومن فروعها جواز هدم الجدار المائل في الطريق العام خشية اضراره بالمارة، وجواز تسعير المواد الضرورية إذا اشتط أصحابها في أثمانها، وبيع الطعام جبراً عن صاحبه إذا احتكره وامتنع من بيعه مع حاجة الناس إليه، والحجر على المدين الممتنع عن أداء الدين، والحجر على ناقصي الأهلية من المجانين والسفهاء[١٦٣].

٤ - يزال الضرر الأشد بالضرر الأخف:

هذه القاعدة يعبر عنها أيضاً بارتكاب أخف الضررين لاتقاء أشدهما، ومن فروعها جواز حبس الزوج إذا ماطل في القيام بنفقة الزوجية، لأن ضرر حبسه أخف من الضرر الذي يقع عليها بعدم الإنفاق، وجواز تطليق الزوجة من زوجها إذا أضر بها وهو ما يسمى بالطلاق للضرر وذلك لأن للضرر الذي يقع بالطلاق أخف من الإضرار بها، وجواز التطليق لعدم الإنفاق وهو الذي يسمى بالطلاق للإعسار[١٦٤].

٥ - الضرورات تبيح المحظورات:

معنى هذه القاعدة أنه إذا وجدت ضرورة ملجئة يرفع الحكم العام ما دامت الضرورة

قائمة، ومن فروعها جواز التناول من الميتة أو الدم أو أي محرم آخر لمن كان في حال جوع شديد أشرف معه على الهلاك وليس أمامه سبيل للحفاظ على حياته إلا التناول من المحرم، وجواز التلفظ بكلمة الكفر لمن أكره على ذلك.

وتطبيقاً لهذه القاعدة أجاز الفقهاء هدم البيوت المجاورة للحريق منعاً من سريانه، وأوجبوا الحجر على المريض بمرض يخشى انتقاله عن طريق العدوى، وأجازوا إتلاف مال سفينة أشرفت على الغرق إنقاذاً لركابها بمقدار ما يمكن أن يزول به الخطر عن تلك السفينة(١٦٥).

٦ ـ الضرورات تقدر بقدرها:

معنى هذه القاعدة أن ما أبيح للضرورة لا يجوز التوسع فيه، وإنما يقتصر فيه على ما يدفع تلك الضرورة فقط لأنه آت على سبيل الاستثناء، والاستثناء لا يجوز التوسع فيه، وفي معنى هذه القاعدة قاعدة «ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه».

ومن فروعها أن المضطر لا يجوز له التناول من المحرم إلا قدر ما يسد الرمق، ولا يعفى من النجاسة إلا القدر الذي لا يمكن التحرز عنه.

وتطبيقاً لهذه القاعدة قال الفقهاء: إن المدين المحجوز عليه لإفلاسه يبدأ في بيع أمواله لسداد الديون التي عليه ببيع الأموال المنقولة وما يخشى عليه التلف قبل غيره فإن أوفى ذلك القدر بالديون التي عليه فلا تباع عقاراته لأن الضرورة تقدر بقدرها(١٦٦).

٧ ـ الحرج مرفوع شرعاً:

من فروع هذه القاعدة قبول شهادة النساء وحدهن فيما لا يطلع عليه الرجال من عيوب النساء وشؤونهن ذات الطبيعة الخاصة، والاكتفاء بغلبة الظن دون التزام الجزم في استقبال القبلة، وطهارة المكان والماء، وفي القضاء والشهادة، إذ الجزم في ذلك كله عسير، ويترتب على التزامه حرج، والحرج في الدين مرفوع(١٦٧).

٨ ـ المشقة تجلب التيسير:

هذه القاعدة أيضاً من القواعد التي ترجع إلى رعاية المقاصد، وأدلتها هي أدلة المقاصد في تحقيق اليسر ودفع العسر، وفي بسط التوسعة وتلافي المشقة.

ومن فروعها جميع الرخص في أبواب الشرع المختلفة التي شرعت ترفيهاً وتخفيفاً على المكلفين لسبب من الأسباب التي تستوجب ذلك التخفيف كالسفر، والمرض، والإكراه، والجهل، وعموم البلوى، والنقص(١٦٨).

وفي معنى هذه القاعدة: «إذا ضاق الأمر اتسع»(١٦٩).

٩ ـ الحاجة تنزل منزلة الضرورة في إباحة المحظورات:

معنى هذه القاعدة أن الحاجة وهي مرحلة دون الضرورة كما سلف توضيحه، تأخذ حكم الضرورة في الترخيص وإباحة المحظور الذي هو في درجتها أو دونها لا ما هو أعلى منها، ذلك أن ما هو أعلى منها في مرتبة الضروري ولا يجوز الأخذ بالحاجي إذا

ترتب على الأخذ به إبطال الضروري.

ومن فروع القاعدة الترخيص في السلم، والاستصناع، والإجارة إلى غير ذلك مما عرضت له في المصالح الحاجية.

وإذا كانت «الحاجة» تنزل منزلة الضرورة في إباحة المحظور «فإنها أيضاً تقدر بقدرها في ذلك كالضرورة ولا يجوز التوسع في الترخيص بناء عليها بأكثر مما دعت إليه، كما أن تلك الحاجة ينبغي أن تكون متعينة ـ أي أن تنسد جميع الطرق المشروعة للوصول إلى الغرض سواها(١٧٠).

هذا والقواعد السابقة المبنية على المقاصد يمكن تقسيمها إلى نوعين: قواعد فقهية جمعت الفروع الفقهية المبنية على المقاصد الضرورية وطريقة الموازنة بينها عند التعارض، وهي قواعد «الضرر يزال» و«الضرر لا يزال بالضرر» يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام» «يزال الضرر الأشد بالضرر الأخف» «الضرورات تبيح المحظورات» «الضرورات تقدر بقدرها».

وقواعد جمعت الفروع الفقهية المبنية على المقاصد الحاجية والموازنة بينها، وهي «الحرج مرفوع شرعاً» «المشقة تجلب التيسير» «إذا ضاق الأمر اتسع» «الحاجة تنزل منزلة الضرورة».

ومن القواعد الفقهية التي ترجع إلى مقاصد الشريعة أيضاً قاعدة:

١ ـ تصرف الإمام في شؤون الرعية منوط بالمصلحة(١٧١):

ومعنى هذه القاعدة أن تصرف الإمام في شؤون الرعية ينبغي أن يتوخى المصلحة باعتبار أنها مقصد الشارع في كل أحكامه.

ومن فروعها ما ذهب إليه فقهاء الحنفية والشافعية أن الإمام لا يصح عفوه عن قاتل من لا ولي له، وإنما له القصاص أو الدية لأن الحق للعامة والإمام نائب عنهم فيما هو أنظر لهم فيه، وليس من النظر إسقاط حقهم بالمجان.

وقد ذكر المالكية أيضاً هذه القاعدة وقرروا في ظلها: «أن كل من ولي الخلافة فما دونها إلى الوصية لا يحل له أن يتصرف إلا بجلب مصلحة أو درء مفسدة»(١٧٢).

ومن هذه الوجهة أيضاً سمى الفقهاء والأصوليون الأحكام المتعلقة بالمصالح العامة للمسلمين «بحقوق الله» إمعاناً في الحفاظ عليها ـ حين قسموا الحقوق إلى حق الله، وأدخلوا فيه الأحكام المتعلقة بمصلحة المجتمع في عمومه كالعبادات، ووسائل النماء الاقتصادي كالضرائب، والحدود التي تفضي إقامتها إلى صيانة المجتمع وانضباطه والحفاظ على مصالحه كحد الزنا، والسرقة، والحرابة، وبعض العقوبات كحرمان القاتل من الإرث والكفارات.

وإلى حق خاص للمكلف كحقه في تضمين من أتلف ماله المتقوم شرعاً، وحقه في

احتباس الرهن إلى حين استيفاء حقه - مثلاً - .

وإلى حق تمازج فيه الأمران وحق الله هو الغالب فيه كحد القذف، وحق تمازج فيه الأمران وحق العبد هو الغالب فيه كالقصاص، ورتبوا على ذلك التقسيم أن حق الله: وهو ما يعود لمصلحة المجتمع لا يجوز إسقاطه ولا التهاون في إقامته ويلحق به أيضاً ما غلب فيه حق الله»[١٧٣].

الخلاصة: نلاحظ من خلال هذه القواعد الفقهية المتعددة التي تندرج تحتها جزئيات كثيرة لا يمكن حصرها من أحكام الفقه الإسلامي سواء على صعيد الأحكام المنصوص عليها في القرآن والسنة، أو الأحكام المستنبطة عن طريق الرأي والاجتهاد في ظل ضوابط الشريعة وحدودها، نلاحظ كيف ارتبط الفقه الإسلامي بمقاصد الشريعة، وراعاها في جزئيات أحكامه، كما لاحظنا من قبل مدى ارتباط المصادر الاجتهادية في أصول الفقه بتلك المقاصد وكيف رتبها علماؤه الأفذاذ في درجاتها المختلفة ووازنوا بينها بنظر فريد، وإحاطة تامة، وإدراك عال لأسرار التشريع ومصالحه وحكمه ومقاصده، وبذلك أفسحوا المجال للمجتهدين في كل زمان ومكان ليدوروا مع مقصد الشارع وإرادته تحفهم ضوابط تعينهم في النظر، وتحرسهم من الزلل في ظل شريعة الله الخالدة التي هي - كما قال ابن القيم - مصلحة كلها، وعدل كلها، وكل شيء خرج من المصلحة إلى المفسدة، ومن العدل إلى الجور فليس من الشريعة في شي».

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الهوامش

(١) راجع في ذلك البرهان لإمام الحرمين الجويني (ت ٤٧٨هـ) حيث تناولها في كتاب القياس في الباب الثالث الذي خصصه لتقاسيم العلل - البرهان ٢ : ٩٢٣ والمستصفى للإمام الغزالي (ت ٥٠٥هـ) حيث تناولها في الاستصلاح (المصالح المرسلة) - المستصفي ١ : ٢٨٤.

والمحصول جزء ٢ قسم ٢ ص ٢١٧.

والأحكام في أصول الأحكام للإمام سيف الدين الآمدي (ت ٦٣١هـ) حيث تناولها من خلال المناسبة في القياس - الأحكام ٣ : ٣٨٨.

ومختصر المنتهى لابن الحاجب (ت ٦٤٦هـ) وقد تناولها في المناسبة في باب القياس - مختصر المنتهى مع شرحه وحواشيه ٢ : ٢٢٩ وشرح تنقيح الفصول للقرافي (ت ٦٨٤هـ) وقد تناولها في المناسبة - شرح تنقيح الفصول ٣٩١.

ومنهاج الوصول في علم الأصول للقاضي البيضاوي (ت ٦٨٥هـ) حيث تناولها في باب المناسبة في الفياس. راجع المنهاج مع شرحيه الأسنوي والبدخشي ٣ : ٥٢.

(٢) هو الإمام العلامة المحقق، الحافظ، المجتهد، الفقيه، اللغوي، أبو إسحق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي القرناطي الشهير بالشاطبي له كثير من المصنفات في العربية والفقه والأصول اشتهر منها بعد الموافقات كتابه الاعتصام توفي سنة ٧٩٠هـ . راجع ترجمته في مقدمة كتابه الموافقات ١ : ٦، ٧.

(٣) أقسام كتابه الخمسة هي : ١ - المقدمات. ٢ - مباحث الأحكام. ٣ - المقاصد الشرعية. ٤ - الأدلة الشرعية. ٥ - أحكام الاجتهاد والتقليد.

(٤) يشير إلى أنه ترك تلك التسمية لأن أحد شيوخه حكى له أنه رآه في النوم وفي يده كتاب ألفه فسأله فأخبره بأنه الموافقات لتوفيقه فيه بين مذهبي ابن القاسم وأبي حنيفة فراقت تلك التسمية للإمام الشاطبي فسمى كتابه بها. الموافقات ١ : ٧، ٨.

(٥) مقاصد الشريعة الإسلامية للطاهر بن عاشور ص ٧.

(٦) وتبعه في ذلك الأستاذ علال الفاسي في كتابه «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، كما أن كثيراً من الكاتبين في علم أصول الفقه حديثاً حرصوا على إفراد المقاصد بالحديث عند تناولهم لمباحث علم أصول الفقه وقضاياه مثل الشيخ عبد الوهاب خلاف في كتابه «علم أصول الفقه» ص ١٩٧ وما بعدها، والشيخ محمد أبو زهرة في كتابه «أصول الفقه» ص ٢٦٠ وما بعدها. والشيخ علي حسب الله في كتابه «أصول التشريع الإسلامي» ص ٢٦٠ وما بعدها. والأستاذ الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي في كتابه «أصول الفقه الإسلامي» حيث عقد لها باباً خاصاً - راجع ٢ : ١٠١٧ وما بعدها من الكتاب المذكور.

والأستاذ الدكتور عبد الكريم زيدان في كتابه «الوجيز في أصول الفقه» ص ٣٧٨ وما بعدها .

(٧) المعجم الوجيز - مجمع اللغة العربية .

(٨) مقاصد الشريعة الإسلامية الطاهر بن عاشور ص ٥، وأصول الفقه الإسلامي الأستاذ الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي ٢ : ١٠١٧ .

(٩) المنفعة عبارة عن اللذة وما يكون طريقاً إليها، والمضرة عبارة عن الألم وما يكون طريقاً إليه وكل ذلك لابد من أن يكون وفق موازين الشرع كما سيأتي بعد قليل في متن البحث راجع المحصول ٢ : ٢١٨ .

(١٠) المؤمنون : ١١٥ .

(١١) آل عمران : ١٩١ .

(١٢) الدخـــان : ٣٩ .

(١٣) الإسراء : ٧ .

(١٤) الذاريات : ٥٦ .

(١٥) الأعراف : ١٥٦ .

(١٦) الأنبياء : ١٠٧ .

(١٧) البقرة : ٢٩ .

(١٨) البقرة : ١٨٥ .

(١٩) أخرجه البخاري في الأدب المفرد صحيح البخاري مع فتح الباري ١ : ٨٦ .

(٢٠) حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسنداً والإمام مالك مرسلاً . الأربعين النووية ص ١٠٨ . وانظر في الأدلة السابقة المحصول للإمام الرازي جزء ٢ قسم ٢ : ٢٣٨ - ٢٤٢ .

(٢١) المائدة : ٦ .

(٢٢) العنكبوت : ٤٥ .

(٢٣) الحج : ٣٩ .

(٢٤) البقرة : ١٧٩ .

(٢٥) البقرة : ١٧٩ .

(٢٦) الحديث رواه البخاري في كتاب الاستئذان ٨ : ٦٦ .

(٢٧) الحديث رواه الإمام مالك في الموطأ، ورواه البخاري مع اختلاف يسير في اللفظ في كتاب الوصايا صحيح البخاري ٤ : ٣ .

(٢٨) الأنعام : ١٠٨ .

(٢٩) المائدة : ٩٠ .

(٣٠) نيل الأوطار ٦ : ١٤٧ نقلاً عن الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي في أصول الفقه الإسلامي .

(٣١) الموافقات ٢ : ٤ وفي هذا يقول العز بن عبد السلام في القواعد، «والشريعة كلها مصالح أما تدرأ مفاسداً أو تجلب منافعاً، فإذا سمعت الله يقول : «يا أيها الذين آمنوا» فتأمل وصيته بعد ندائه فلا تجد إلا خيرا يحثك عليه أو شراً يزجرك عنه أو جمعاً بين الحث والزجر، وقد أبان في كتابه ما في بعض الأحكام من المفاسد حثاً على اجتناب المفاسد، وما في بعض الأحكام من المصالح حثاً على إثبات المصالح» قواعد الأحكام في مصالح الأنام ١ : ٩ .

(٣٢) أصول الفقه الإسلامي الأستاذ الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي ٢ : ١٠٠١ .

(٣٣) هود : ٨٨ .

(٣٤) الأعراف : ١٤٢ .

(٣٥) القصص : ٧٧ .

(٣٦) أصول الفقه للشيخ محمد الخضري ٢٥٧ . وانظر الموافقات ٣ : ٧٩ في عدم قبول القواعد الكلية من الضروريات والحاجيات والتحسينات للنسخ ٨٢ .

(٣٧) المستصفى ١ : ٢٨٧ .

(٣٨) الموافقات ١ : ١٥ .

(٣٩) مقاصد الشريعة لمحمد الطاهر بن عاشور ص ٨٠ .

(٤٠) الموافقات ٢ : ٣٦ ، وانظر قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ٢ : ٦ .

(٤١) الموافقات ٢ : ٤ .

(٤٢) مقاصد الشريعة لسماحة الشيخ محمد طاهر بن عاشور ص ٨٠ .

(٤٣) راجع المستصفي ١ : ٢٨٧ ، والموافقات ٢ : ٥ ، ونظرية المصلحة للأستاذ الدكتور حسين حامد حسان ص ٢٤ .

(٤٤) النساء : ٢٩ .

(٤٥) البقرة ١٩٥ .

(٤٦) البقرة : ١٧٩ وراجع المستصفى ١ : ٢ ، والمحصول للإمام الرازي ٢ : ٥ ، ومقاصد الشريعة لمحمد الطاهر بن عاشور ص ٨٢ .

(٤٧) المراجع السابقة .

(٤٨) المحصول للإمام الرازي ٢ : ٢ : ٣٢١ .

(٤٩) المرجع السابق .

(٥٠) فواتح الرحموت بهامش المستصفى ٢ : ٢٦٢ .

(٥١) الموافقات ٣ : ٥ .

(٥٢) تنوير الأبصار مع ابن عابدين ٤ : ٢٨١ ، نقلاً عن الغرر وأثره في العقود للأستاذ الدكتور الصديق محمد الأمين ، ص ٤٤٨ .

(٥٣) أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن ابن عباس انظره في صحيح البخاري كتاب السلم ٣ : ١١١ .

(٥٤) الغرر وأثره في العقود ص ٥٥٩ ، ٦٠٠ .

(٥٥) القوانين الفقهية لابن جزي نقلاً عن الغرر وأثره في العقود للدكتور الضرير ٥٠٩ .

(٥٦) بداية المجتهد لابن رشد ٢ : ٢٣٦ .

(٥٧) الأشباه والنظائر للسيوطي ٧٩ ، والغرر للأستاذ الدكتور الصديق محمد الضرير ٦٠٣ .

(٥٨) البدائع : ٧٤ ، نقلاً عن الغرر ص ٦٠٢ .

(٥٩) الموافقات للشاطبي ٢ : ٦ .

(٦٠) أصول الفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي ٢ : ١٠٢٣ .

(٦١) الموافقات ٢ : ٦ .

(٦٢) الموافقات ٢ : ٦ ، وأصول الفقه للمرحوم الشيخ بدران أبو العينين بدران ص ٤٥٣ .

(٦٣) المرجعان السابقان .

(٦٤) المرجعان السابقان .

(٦٥) المرجعان السابقان .

(٦٦) الموافقات ٢ : ٧، وأصول الفقه للشيخ بدران أبو العينين ص ٤٥٥.

(٦٧) المرجعان السابقان.

(٦٨) الموافقات ٢ : ٦، ٧.

(٦٩) الموافقات ٢ : ١٥.

(٧٠) الموافقات ٢ : ١٠.

(٧١) الموافقات ٢ : ١٢.

(٧٢) الموافقات ٢ : ١٣، ١٤.

(٧٣) التغابن : ١٦.

(٧٤) البقرة : ٢١٩.

(٧٥) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ١ : ٨٤.

(٧٦) الموافقات ٢ : ١٤، وقواعد الأحكام ١ : ٨٧.

(٧٧) أصول الفقه للشيخ بدران ٤٥٨.

(٧٨) علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٢٠٧.

(٧٩) قواعد الأحكام ١ : ١٣.

(٨٠) مقاصد الشريعة للشيخ محمد الطاهر بن عاشور ص ٨٠، وأصول الفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي ٢ : ١٠٢٨، ونظرية المصلحة للأستاذ الدكتور حسين حامد حسان ص ٣٣.

(٨١) الفقه الإسلامي وأدلته للأستاذ الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي ٤ : ٥١٠، ونظرية المصلحة للأستاذ الدكتور حسين حامد حسان ص ٧٥.

(٨٢) الحاضر : ساكن الحضر، والبادي : ساكن البادية.

(٨٣) الحديث رواه الجماعة وفي البخاري بلفظ لا تلقوا الركبان، ولا يبيع بعضكم على بعض، ولا تناجشوا ولا يبيع حاضر لباد إلخ كتاب البيوع صحيح البخاري ٣ : ٩٣، ٩٤.

(٨٤) نظرية المصلحة الأستاذ الدكتور حسين حامد ٧٤، ٧٥.

(٨٥) المستصفى ١ : ٢٥٩، ٢٩٤، ١ : ٣١٣، ٣١٤.

(٨٦) البقرة : ١٧٩.

(٨٧) مقاصد الشريعة للشيخ محمد طاهر عاشور ٩٠، وأصول الفقه الإسلامي الأستاذ الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي ٢ : ١٠٢٩.

(٨٨) الحديث رواه الإمام أحمد وأصحاب الكتب الستة (راجع نيل الأوطار ٨ : ٢٧٢) وفي البخاري «لا يقضين حكم بين اثنين وهو غضبان»، صحيح البخاري كتاب «الأحكام» ٩ : ٨٢.

(٨٩) مقاصد الشريعة للشيخ محمد الطاهر بن عاشور ص ٩١.

(٩٠) نظرية المصلحة للأستاذ الدكتور حسين حامد حسان ص ١٨٨ والحديث هو «إذا استيقظ أحدكم من نومه فلا يغمس يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثاً، فإنه لا يدري أين باتت يده»، وقد رواه البخاري ومسلم.

(٩١) النساء : ١١.

(٩٢) اجتهاد الرسول ﷺ للدكتورة نادية شريف العمري ٢٣٧، وبحث عن الاجتهاد في الشريعة الإسلامية للدكتور حسن أحمد مرعي منشور ضمن بحوث عن الاجتهاد في الشريعة الإسلامية مقدمة لمؤتمر الفقه الإسلامي الذي عقدته جامعة الإمام محمد بن مسعود بالرياض ١٣٩٦هـ ص ٨٠.

(٩٣) التوبة : ٦٠ .

(٩٤) أشار إليهم الشيخ علي حسب الله في كتابه أصول التشريع الإسلامي راجع ص ١٦١ من الكتاب المذكور .

(٩٥) نظرية المصلحة للأستاذ الدكتور حسين حامد ص ٧٥ .

(٩٦) الصناع : أي الذين ينتصبون للصناعات كالخياط والقصاب والأصل في هؤلاء عدم الضمان لأنهم أمناء حسب القواعد العامة في الفقه إلا إذا تعدوا أو قصروا .

(٩٧) المنتقى للباجي ٦ : ٧١ .

(٩٨) الموطأ بشرح السيوطي ٢ : ٦٩ .

(٩٩) الزرقاني علي الموطأ ٣ : ٢٢٩ .

(١٠٠) الموطأ بشرح السيوطي ٢ : ١٢٢، ١٢٣، وانظر مناهج الاجتهاد في الإسلام للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٥٣٩ .

(١٠١) الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٦ .

(١٠٢) راجع أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٦٨ وما بعدها ، وعلم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٨٥، ٨٦ .

(١٠٣) المنتقى للباجي ٥ : ٢٣٩، ونظرية المصلحة للأستاذ الدكتور حسين حامد ص ١٤٣ .

(١٠٤) شرح السير الكبير ٤ : ١٠٨، والعلاقات الدولية في الإسلام مذكرة بكلية الشريعة والقانون جمعها الكاتب ص ٨٠، أنظر العلاقات الدولية للدكتور وهبة الزحيلي .

(١٠٥) بحث للشيخ علي الخفيف عن الاجتهاد في الشريعة الإسلامية ضمن منشورات جامعة الإمام محمد بن سعود ص ٢٢٣ .

(١٠٦) الموافقات ٣ : ٢١، ٢٢، ومالك للشيخ محمد أبو زهرة ص ٣٠١ .

(١٠٧) الحج : ٧٨ .

(١٠٨) بداية المجتهد ١ : ٣٠٥، وانظر مناهج الاجتهاد في الإسلام للأستاذ محمد سلام مدكور ص ١١١ .

(١٠٩) الموطأ بشرح السيوطي ٢ : ٤١، والمدونة ٥ : ٤٣٣ .

(١١٠) خلع الربقة أي حل الوثاق بمعنى تحلل من أحكام الدين .

(١١١) الاعتصام للشاطبي ٢ : ١٣٢ .

(١١٢) الاعتصام ٢ : ١٢٨، ومالك للشيخ محمد أبو زهرة ص ٣٣٦ .

(١١٣) الاعتصام : ١٢١، ومالك للشيخ محمد أبو زهرة ص ٣٣٦ .

(١١٤) مالك للشيخ محمد أبو زهرة ص ٣٣٧ .

(١١٥) مناهج الاجتهاد في الإسلام للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٥٩٢ .

(١١٦) تخريج الفروع على الأصول للزنجابي ص ١٦٩ .

(١١٧) راجع في فتاوى المذهبين بالمصالح المرسلة وهي كثيرة أصول الفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي ٢ : ٧٥٢ وما بعدها (المبحث الثاني المصالح المرسلة أو الاستصلاح) .

(١١٨) علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ١٢ .

(١١٩) أصول التشريع الإسلامي للشيخ علي حسب الله ص ٢ .

(١٢٠) الموافقات ٤ : ١٠٥، وانظر الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه في هذا العصر للدكتور سيد محمد موسى توانا ص ١٨٨ .

(١٢١) الموافقات ٤ : ٦٧ .

(١٢٢) النص من حيث دلالته ينقسم إلى قسمين نص قطعي الدلالة على الحكم وهو ما دل على معنى متعين فهمه منه، ولا يحتمل تأويلاً ولا مجال لفهم غيره منه كالأعداد «مائة» «ثمانين» والنصف والربع والثمن والسدس والثلث إلخ.

ونص ظني الدلالة على الحكم وهو ما دل على معنى ولكنه محتمل للتأويل بأن يصرف عن هذا المعنى ويحمل على غيره ومن هنا يكون مدخل الاجتهاد فيه - راجع علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٣٥ .

(١٢٣) علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ١٩٨، وانظر الموافقات ٣ : ٨١ وما بعدها .

(١٢٤) الموافقات ٤ : ١٠٥ .

(١٢٥) علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ٥٢ .

(١٢٦) المائدة : ٩٠ .

(١٢٧) علم أصول الفقه الشيخ عبد الوهاب خلاف ٥٨ .

(١٢٨) جواز التعليل بالحكمة هو ما رجحه الإمام الرازي والبيضاوي وابن الحاجب. انظر الأحكام للآمدي ٣ : ٢٩٠ الأسنوي على المنهاج ٣ : ٩١ . ومختصر المنتهى مع شرحه وحاشيته ٢ : ٢١٣، ٢١٤ .

(١٢٩) أصول الفقه الإسلامي الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي ١ : ٦٥٠ .

(١٣٠) ويسمى الأصوليون ذلك بمسالك العلة ويمكن مراجعة تفاصيل بحثها في : مختصر المنتهى مع شرحه وحاشيته ٢ : ٢٣٢ وما بعدها . الأسنوي على المنهاج ٣ : ٤٠ وما بعدها . إرشاد الفحول للشوكاني ١٨٤ .

الأحكام للآمدي ٣ : ٣٦٤ وما بعدها .

إرشاد الفحول للشوكاني ١٨٤ .

(١٣١) شرح العضد على مختصر المنتهى لابن الحاجب ٢ : ٢٣٩، وأصول الفقه للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي ١ : ٦٧٧ .

(١٣٢) المرجعان السابقان .

(١٣٣) المرجع السابق، وراجع الوجيز في أصول الفقه للأستاذ الدكتور عبد الكريم زيدان ٢٠٦ .

(١٣٤) إرشاد الفحول للشوكاني ١٨٨ .

(١٣٥) أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ٢٦٧ .

(١٣٦) الموافقات ١ : ١٥ .

(١٣٧) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ٢ : ١٦٠ .

(١٣٨) أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ٢٦٩ .

(١٩٣) راجع مختصر المنتهى لابن الحاجب مع شرحه وحاشيته ٢ : ٢٤٢ حيث يسميها أيضاً ابن رشد كثيراً بالقياس المرسل راجع بداية المجتهد ١ : ٤٤٩ - و ٢ : ١٠١ و ٢ : ٢٦٨، ٢ : ٢٧٠ . ويسميها أيضاً بقياس المصلحة والقياس المصلحي راجع بداية المجتهد ٢ : ٢٦٣، ٢ : ٤٦، ٤٧ .

(١٤٠) عرف الاستحسان بتعريفات كثيرة عند الحنفية والمالكية، فقد عرفه أبو الحسين الكرخي من الحنفية بأنه : «إن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه يقتضي العدول عن الأول» وعرفه الجصاص بأنه «ترك القياس إلى ما هو أولى منه» وعرفه بعضهم بأنه «العدول عن موجب القياس إلى قياس أقوى منه». أنظر كشف الأسرار ٤ : ١١٤٣

والتلويح على التوضيح ٢ : ٨١ . أما المالكية فقد عرفوه بتعريفات عديدة أيضاً فابن العربي يعرفه بأنه «العمل بأقوى الدليلين»، ويعرفه بأنه : «إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته». الموافقات ٤ : ١٣٥ . الاعتصام ٢ : ١٣٨، ١٣٩ .

(١٤١) المبسوط ١ : ١٤٥، وراجع بحثاً في الاستحسان للدكتور عجيل جاسم النشمي مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بالكويت ص ١٠٩ .

(١٤٢) بداية المجتهد ٤ : ١٨٥ .

(١٤٣) الموافقات ٤ : ١٣٥ .

(١٤٤) يمثل الحنفية للاستحسان القياسي بدخول حقوق الارتفاق في عقد الوقف تبعاً وإن لم ينص عليها في العقد قياساً للوقف على الإجارة التي تدخل فيها حقوق الارتفاق تبعاً من غير النص عليها وهذا هو القياس الخفي، أما القياس الجلي فهو قياس الوقف على البيع، ومقتضاه أن حقوق الارتفاق لا تدخل في عقد الوقف إلا إذا نص عليها صراحة لأنها لا تدخل في عقد البيع إلا إذا نص عليها صراحة، وقد قدموا القياس الخفي على الجلي لأن المقصود بالوقف الانتفاع به لا تملك رقبته من جهة كما أنه من جهة أخرى ينبغي أن يلاحظ فيه جانب الأجر والثواب، والأجر والثواب يناسبه دخول حقوق الارتفاق من غير نص عليها. راجع الوجيز في أصول الفقه للدكتور عبد الكريم زيدان ص ٢٣٢ .

(١٤٥) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢ : ١٣٨ .

(١٤٦) الاستصناع أن يتفق شخص مع صانع لكي يصنع له شيئاً كالاتفاق مع النجار على صناعة دولاب مثلاً .

(١٤٧) أصول الفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي ٢ : ٧٤٥ .

(١٤٨) المرجع السابق .

(١٤٩) الوجيز في أصول الفقه للأستاذ الدكتور عبد الكريم زيدان ٢٣٤ .

(١٥٠) الزرقاني على مختصر خليل ٥ : ٩٨ .

(١٥١) الإشارات لأبي الوليد الباجي ١١٣ .

(١٥٢) الموافقات ٤ : ١٣ .

(١٥٣) الفروق للقرافي ٢ : ٣٢ .

(١٥٤) المرجع السابق والصفحة .

(١٥٥) الموافقات ٤ : ١٣٢، ١٣٧ .

(١٥٦) أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ص ١٠ .

(١٥٧) القواعد الكلية في الفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور عبد الرحمن الصابوني في المدخل الفقهي وتاريخ التشريع الإسلامي ٣٨٦ .

(١٥٨) أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ص ١٠ .

(١٥٩) الحديث سبق تخريجه .

(١٦٠) مثل قوله تعالى : ﴿ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا﴾ البقرة ٢٣١ .

وقوله تعالى : ﴿ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن﴾ . الطلاق ٦ .

(١٦١) راجع القاعدة وفروعها في الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٥، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٣ وأصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٢٠٧ .

(١٦٢) انظر القاعدة في الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٧، وللسيوطي ص ٨٦، وأصول الفقه للشيخ خلاف ص ٢٠٨ .

(١٦٣) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٧.

(١٦٤) المراجع السابقة.

(١٦٥) انظر القاعدة وفروعها في الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٥، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٤.

(١٦٦) قواعد الفقه الكلية للأستاذ الدكتور عبد الرحمن محمود الصابوني من المدخل الفقهي ص ٤٠٠.

(١٦٧) أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ٢٠٩، ٢١٠.

(١٦٨) يراد بعموم البلوى ما لا يمكن التحرز عنه مثل ما يصيب الإنسان من رشاش النجاسات من طين الشوارع، ويراد بالنقص النقص في الأهلية. علم أصول الفقه عبد الوهاب خلاف ٢٠٩.

(١٦٩) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٧٥.

(١٧٠) راجع القرر وأثره في العقود للأستاذ الدكتور الصديق الضرير ١٠٤.

(١٧١) الأشباه والنظائر للسيوطي ١٢٧، وقواعد الفقه الكلية للأستاذ الدكتور عبد الرحمن الصابوني ٤١٢، ٤١٣.

(١٧٢) قواعد الفقه الكلية الأستاذ الدكتور عبد الرحمن الصابوني ٤١٣.

(١٧٣) أما حق الفرد فيجوز له إسقاطه وما غلب عليه حق الفرد يلحق بحق الفرد في ذلك كالقصاص فيجوز لأولياء الدم العفو عنه - راجع علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خاف ٢١٣، ٢١٤.

(*) راعيت في ترتيب المراجع الترتيب الهجائي مع فصل مراجع كل فن عن الآخر، والمراجع القديمة من المراجع الحديثة.

المـــراجـع

أولاً : كتب الحديث :

١ ـ الأربعـون النـوويـة ـ النـووي ـ (الإمـام يحيـى بـن شرف الديـن النـووي ت ٦٧٦هـ) تحقيق الشيخ عبد الله بن إبراهيم الأنصاري ـ منشورات المكتبة العصرية ببيروت.

٢ ـ صحيح البخاري ـ البخاري ـ (أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ت ٢٥٦هـ) طبعة دار أحياء التراث العربي.

٣ ـ الموطأ ـ الإمام مالك ـ (إمام دار الهجرة الإمام مالك بن أنس الإصبحي ت ١٧٩هـ) طبعة المكتبة التجارية مع تنوير الحوالك.

٤ ـ نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ـ الشوكاني ـ (محمد بن علي بن محمد الشوكاني ت ١٢٥٥هـ) الطبعة الثانية إدارة المطبعة المنيرية.

ثانياً : كتب أصول الفقه :

١ ـ الأحكام في أصول الأحكام ـ الآمدي (الإمام سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن علي بن محمد الآمدي ت ٦٣١هـ) طبعة دار الكتب العلمية ببيروت ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م.

٢ ـ إرشاد الفحول في تحقيق الحق من علم الأصول ـ الشوكاني ـ (محمد بن علي بن محمد الشوكاني ت ١٢٥٥هـ) طبعة محمد علي صبيح.

٣ ـ الإرشادات ـ الباجي ـ (سليمان بن خلف بن سعد القرطبي ت ٤٧٤هـ) الطبعة الثانية المطبعة التونسية.

٤ ـ الاعتصام ـ الشاطبي ـ (إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الغرناطي ٧٩٠هـ) ـ طبعة السعادة.

٥ ـ البرهان في أصول الفقه ـ أما الحرمين (أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني ت ٤٧٨هـ) تحقيق الدكتور عبد العظيم الديب توزيع دار الأنصار بالقاهرة.

٦ ـ شرح التلويح على التوضيح ـ التفتازاني ـ (سعد الدين مسعود بن عمر

التفتازاني ت ٧٩٢هـ) طبعة صحيح.
٧ - شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول - القرافي - (شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي ت ٦٨٤هـ) مكتبة الكليات الأزهرية عن الطبعة الأولى ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م.
٨ - شرح العضد على مختصر ابن الحاجب - العضد - (عبد الرحمن بن أحمد الإيجي ت ٧٥٦هـ) طبعة مكتبة الكليات الأزهرية.
٩ - فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت - (عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري) مطبوع مع المستصفي - الطبعة الأولى الأميرية ببولاق ١٣٢٢هـ .
١٠ - كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام النردوي - البخاري - (عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري ت ٧٣٠هـ) طبعة الشركة العثمانية.
١١ - المحصول في علم أصول الفقه - الرازي - (الإمام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي ت ٦٠٦هـ) مطبعة جامعة الإمام بن سعود الإسلامية. تحقيق دكتور طه جابر الفياض الطبعة الأولى ١٩٨١م.
١٢ - مختصر المنتهى - ابن الحاجب - عثمان بن أبي بكر بن الحاجب ت ٦٤٦هـ) طبعة مكتبة الكليات الأزهرية مع شرحه وحاشيته.
١٣ - المستصفي - الغزالي - (أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ت ٥٠٥هـ) الطبعة الأولى الأميرية ببولاق.
١٤ - منهاج الأصول - القاضي البيضاوي (ناصر الدين عبد الملك بن عمر البيضاوي ت ٦٨٥هـ) مع شرحيه. طبعة صبيح.
١٥ - الموافقات - الشاطبي - (إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الفرناطي ت ٧٩٠هـ) طبعة صبيح.
١٦ - نهاية السول في شرح منهاج الأصول - الأسنوي - (جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي الشافعي ت ٧٧٢هـ) طبعة صبيح.

ثالثاً: كتب الفقه وقواعد الفقه:

١ - الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية - السيوطي - (الإمام جلال الدين بن عبد الرحمن السيوطي ت ٩١١هـ) طبعة الحلبي.
٢ - الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان - ابن نجيم - (الشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم ت ٩٧٠هـ) طبعة الحلبي.
٣ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - ابن رشد الحفيد (محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ت ٥٩٥هـ) طبعة الاستقامة ١٩٥٢، وطبعة الحلبي ١٩٦٠م.

٤ - تخريج الفروع على الأصول - الزنجاني - (أبو المناقب محمود بن أحمد بن محمود شهاب الدين ت ٦٥٦هـ) مطبعة جامعة دمشق ١٩٦٠ تحقيق الدكتور أديب صالح.

٥ - شرح الزرقاني على موطأ مالك - الزرقاني - (عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني ت ١٠٩٩هـ) طبعة عبد الحميد حنفي.

٦ - شرح الزرقاني على مختصر خليل - الزرقاني - طبعة محمد أفندي مصطفى.

٧ - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية - ابن القيم - (أبو محمد شمس الدين بن قيم الجوزية ت ٧٥١هـ) طبعة الآداب والمؤيد.

٨ - الفروق - القرافي - (شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي ت ٦٨٤هـ) الطبعة الأولى مطبعة دار ارحياء الكتب العربية ١٣٤٤هـ .

٩ - قواعد الأحكام في مصالح الإمام - للعز بن عبد السلام - (أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي ت ٦٦٠هـ) طبعة دار الكتب العلمية .

١٠ - المدونة الكبرى - رواية سحنون بن سعيد التنوخي ت ٢٤٠هـ عن ابن القاسم عن الإمام مالك - طبعة السعادة.

١١ - المنتقي - الباجي - (أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي ت ٤٩٤هـ) الطبعة الأولى مطبعة السعادة.

رابعاً: كتب حديثة متنوعة:

١ - أصول التشريع الإسلامي - حسب الله - (الشيخ علي حسب الله) طبعة دار المعارف.

٢ - أصول الفقه - الخضري (الشيخ محمد الخضري) طبعة التجارية.

٣ - أصول الفقه - أبو زهرة - (الشيخ محمد أبو زهرة) مطبعة مخيمر.

٤ - أصول الفقه - بدران - (الشيخ بدران أبو العينين بدران).

٥ - أصول الفقه الإسلامي - الزحيلي - (الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي طبعة دار الفكر.

٦ - اجتهاد الرسول ﷺ - نادية - (الدكتورة نادية شريف العمري) مؤسسة الرسالة.

٧ - الاجتهاد في الشريعة الإسلامية بحث للشيخ علي الخفيف ضمن مجموعة بعنوان «الاجتهاد في الشريعة الإسلامية وبحوث أخرى «أصدرتها جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

٨ - علم أصول الفقه - خلاف - (الشيخ عبد الوهاب خلاف) طبعة دار القلم.

٩ ـ الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي. الضرير ـ (الأستاذ الدكتور الصديق محدم الأمين الضرير) الطبعة الأولى مطبعة دار النشر الثقافة بالفجالة.
١٠ ـ الفقه الإسلامي وأدلته ـ الزحيلي ـ (الأستاذ الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي) طبعة دار الفكر.
١١ ـ مالك ـ أبو زهرة ـ (الشيخ محمد أبو زهرة) طبعة دار الفكر العربي.
١٢ ـ المدخل الفقهي وتاريخ التشريع الإسلامي ـ فصل عن قواعد الفقه الكلية ـ الأستاذ الدكتور عبد الرحمن الصابوني ـ مطبعة وهبة بالقاهرة.
١٣ ـ مقاصد الشريعة الإسلامية ـ ابن عاشور ـ (محمد الطاهر بن عاشور مفتي تونس) المطبعة الفنية بتونس.
١٤ ـ مناهج الاجتهاد في الإسلام ـ مدكور ـ (الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور) طبعة جامعة الكويت.
١٥ ـ نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي ـ حسان ـ (الأستاذ الدكتور حسين حامد حسان) طبعة دار النهضة العربية.
١٦ ـ الوجيز في أصول الفقه ـ زيدان ـ (الأستاذ الدكتور عبد الكريم زيدان) مؤسسة الرسالة.

القواعد الأصولية وأثرها
في حكم الربا

بقلم
الدكتور / حسنين محمود حسنين*

(*) أستاذ أصول الفقه المساعد بكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر سابقاً، والمتعاقد مع جامعة الإمارات العربية حالياً، له بعض المؤلفات في أصول الفقه.



القواعد الأصولية وأثرها في حكم الربا

تمهيـــد :

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسول الله المبعوث رحمة للعالمين وبعد :

فإن مسائل الربا من المسائل القديمة الحديثة، فقد عرفت في المجتمعات القديمة، وجاء التشريع الإسلامي محذراً منها، ونـاهيـاً عنهـا، ومبينـاً مضـارهـا مـن النـاحيـة الاجتماعية، والخلقية، والاقتصادية، وهي حديثة إذ تطورت المعاملات الربوية فأخذت أشكالاً وأنماطاً جديدة، وقد يطلق على بعض المعاملات أسماء محدثة تهرباً من لفظ الربا في محاولة لإباحته.

ولقد حاول بعض المحدثين أن يستثنوا بعض المعاملات من حكم الربا، بل ويحاول البعض الآخر أن ينفي عنها صفة الربا، وهم في ذلك كله إنما يرجعون إلى قواعد أصول الفقه، غير أنهم حينما يرجعون إلى قاعدة من القواعد لا ينظرون إلى شروطها وضوابطها وإنما يأخذونها مجردة عن تلك الضوابط والشروط، بل ويأخذونها مجردة عن القواعد الأصولية الأخرى التي قد تحكم المسألة، الأمر الذي دعاني أن أتعرض في عجالة لذكر القاعدة الأصولية بما يخدم المسألة المعروضة ثم نطبقها على ما يندرج تحتها من مسائل الربا.

أولاً : الإجمال والبيان في قول الله تعالى : ﴿وحرم الربا﴾.

اختلف العلماء في لفظ الربا الوارد في قول الله تعالى :
﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ هل هو مجمل أم مبين على مذهبين :

المذهب الأول :

ويرى أصحابه أن اللفظ واضح الدلالة على معناه، لا يحتاج إلى بيان، وقد ذهب إلى هذا القرطبي، وابن العربي، وإن اختلفا فيما بينهما في تحديد المراد من اللفظ[1].

المذهب الثاني :

ويرى أصحابه أن اللفظ مجمل، بينه الرسول ﷺ، وقد ذهب إلى هذا جمهور الأصوليين من الأحناف، والإمام الشافعي، وهو ما رجحه الإمام فخر الدين الرازي[٢].

ويجدر بنا قبل أن نبين وجهة كل فريق، أن نوضح المقصود من اللفظ المجمل عند كل من المتكلمين والفقهاء، وذلك لأن القائلين بالإجمال هم من المدرستين، ثم نتبع ذلك بتوضيح المراد من لفظ الربا.

بيان المراد من المجمل :

المجمل في اللغة مأخوذ من الجمل وهو الخلط، وقد يطلق ويراد منه المجموع، تقول أجملت الحساب أي جمعته.

أما في الاصطلاح :

فقد عرفه الأحناف (مدرسة الفقهاء) بأنه اللفظ الذي لا تتضح دلالته إلا باستفسار من المجمل، وبيان من جهته يعرف به المراد[٣].

وحكم المجمل عندهم أنه لا يجوز العمل به إلا بعد ورود بيان من الشارع يحدد المراد منه، فإذا ورد البيان وكان شافياً صار اللفظ مفسراً، وإن لم يكن وافياً صار اللفظ مشكلاً وفي هذه الحالة يجب على المجتهد أن يزيل الأشكال بالبحث في القرائن والعلل.

ويمثل للمجمل بالألفاظ التي لها مدلول لغوي، ثم جاء الشرع بمعنى جديد لها كلفظ الزكاة فهو في اللغة بمعنى النماء ولكن جاء الشرع بمعنى جديد له هو المال المدفوع صدقة مفروضة بشروط معينة.

وقد يقصر الشرع اللفظ على بعض معانيه أو يوسع من مفهومه، أما الأول فكلفظ الصوم فهو في اللغة الإمساك ولكن قصره الشرع على إمساك مخصوص، ومثال الثاني لفظ الربا فهو في اللغة بمعنى الزيادة واستعملته العرب في الزيادة بغير عوض ولكن جاء الشرع بتوسيع مفهوم هذا اللفظ على ما سوف نبينه.

المجمل عند مدرسة المتكلمين :

يعرف الأصوليون من غير الحنفية المجمل بأنه : «ما اختلط معناه بغيره» أو هو : ما له دلالة غير واضحة.

وعدم وضوح الدلالة في اللفظ المجمل عند هذه المدرسة يرجع لعدة أسباب يهمنا منها هنا :

١ ـ نقل للفظ من معناه اللغوي إلى معنى آخر وقد سبق بيانه.

٢ - أن يكون للفظ أكثر من معنى وخفي على السامع مراد المتكلم من كلامه كلفظ القرء الموضوع لغة للطهر والحيض. ويسمى الحنفية هذا النوع بالمشكل لأن اللفظ دخل في أشكاله وألوانه فخفى المراد منه، ويريدون أن اللفظ له اكثر من معنى، ولا يدري السامع ايها هو مراد المتكلم.

ويمكن إزالة الأشكال بالبحث عن القرائن والعلل.

هذا وهناك أسباب أخرى للإجمال ذكرها العلماء في موضعها. ونكتفي هنا بما أشرنا إليه، ومن هذا يتبين لنا أن المجمل عند هذه المدرسة أعم منه عند الحنفية.

لفظ الربا ومدى الإجمال فيه:

الربا في اللغة موضوع للزيادة، ومنه قول الله تعالى: «فإذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت»[٤].

وقد أطلقها القرآن الكريم على كل كسب حرام[٥]، وذلك في قوله تعالى في شأن اليهود: «وأكلهم الربا وقد نهوا عنه»[٦]. أي أكلهم من كسبهم المحرم.

ويطلق لفظ الربا ويراد منه كل زيادة لم يقابلها عوض.

وهذا المعنى أعم مما عرفته العرب في الجاهلية إذ كانوا يطلقون لفظ الربا على الزيادة المشروطة في عقد الدين، فإذا حل الدين قال الدائن للمدين: «إما أن تقضي وإما أن تربي».

ومن هنا نظر علماء الأصول في قول الله تعالى: «وأحل الله البيع وحرم الربا» هل المقصود منه الربا الذي تعارف عليه العرب في الجاهلية فيكون اللفظ مبيناً فيه، أم هو عام في كل زيادة بلا عوض غير أن العرب جهلوا تسمية بعضها ربا فيكون اللفظ مجملاً، أم أنهم لم يجهلوا هذه التسمية، فيكون اللفظ مبيناً، اختلف العلماء في ذلك كما قلنا على مذهبين:

المذهب الأول:

سبق أن بينا أن أصحاب هذا المذهب يرون أن اللفظ مبين، فلا إجمال فيه، وقد اختلف أصحابه في تحديد المراد من لفظ الربا، بسبب أداة التعريف على رأيي:

الرأي الأول: وهو ما ذهب إليه القرطبي:

يرى القرطبي أن الألف واللام في قول الله تعالى (وحرم الربا)، للعهد الذهني والمعهود عند العرب هو ربا الجاهلية. وذلك بخلاف الألف واللام في قوله تعالى ﴿وأحل الله البيع﴾ فهي للعموم، فتفيد حل عموم البياعات. وأما قوله (وحرم الربا) فهي تفيد تحريم ربا الجاهلية فقط.

وعلى هذا يكون تحريم ربا الفضل، وبعض أنواع ربا النسيئة ثابتاً بالسنة.

مناقشة هذا الرأي :

يمكن أن يناقش هذا الرأي من وجهين :

الأول : أنه فرق بين آداتي التعريف في البيع والربا ، فجعل الأولى للجنس إذ لم يتقدم بيع مذكور ، وجعل الثانية للعهد الذهني[٧] ، ولعله استند إلى أن لفظ الربا ورد قبل ذلك في قوله تعالى (الذين يأكلون الربا) ، ومع ذلك فلا وجه للتفرقة ، إذ ليس في الآية ما يشير إلى أن المقصود هو ربا الجاهلية حيث أن الآية تتحدث عن مطلق الربا ، ثم إن آية الربا من أواخر ما نزل ، وهناك من الأحاديث الخاصة بربا الفضل ما قاله الرسول ﷺ بعد فتح خيبر على ما سوف نبينه ومعنى ذلك أن تكون الآية شاملة لربا الفضل فالآية ليست خاصة بربا الجاهلية فقط .

الثاني : إنه على فرض التسليم بما ذهب إليه من هذه التفرقة يكون كل بيع حلال ولو كان ربوياً ويكون تخصيص هذا المعنى بالأحاديث المحرمة لربا الفضل في الأشياء الستة[٨] . ويكون التخصيص في غير هذه الأشياء بالقياس عليها .

ويلزم من هذا تخصيص عموم القرآن بخبر الواحد والقياس ، وهو أضعف من خبر الواحد ، وخبر الواحد أضعف من القرآن ، فجاز ترجيح الأضعف على الأقوى[٩] .

ولقائل أن يقول إن الآية عامة ، ودلالة العام ظنية عند عير الحنفية ، فجاز تخصيصها بخبر الواحد . أما تخصيصها بالقياس ، وإن كان محل خلاف بين العلماء فقد جوزه كثير من العلماء[١٠] .

الرأي الثاني : وهو ما ذهب إليه ابن العربي :

ذهب ابن العربي إلى أن لفظ الربا في قوله : «وحرم الربا» عام في تحريم كل ربا ، لأن العرب كانوا يتبايعون ويربون ، والقرآن نزل بلغتهم ، وقد حرم عليهم ما اعتقدوه حلالاً .

ومعنى هذا أن الألف واللام تفيد العموم فهي للجنس أي جنس الزيادة . فالآية على هذا التفسير تحرم كل أنواع الربا[١١] .

وقد يؤيد قوله هذا فيما نرى أن بعض أحاديث ربا الفضل قالها الرسول ﷺ بعد فتح خيبر ونعني به ما روي من أن والي خيبر أتى الرسول ﷺ بتمر جنيت فقال له الرسول ﷺ : «أكل تمر خيبر هكذا» . قال : «أنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين ، والصاعين بالثلاثة فقال : «لا تفعل ، بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنبينا ، وقال في الميزان مثل ذلك»[١٢] .

وإذا كان هذا الحديث بعد فتح خيبر ، وآية الربا من أواخر ما نزل فمعنى هذا أن الآية شاملة لربا الفضل ولما كان عليه العرب في الجاهلية فهي عامة ولكننا لم نفهم عموم الآية إلا من الحديث ، فهل يعني هذا أن لفظ الربا مبين»! .

نلاحظ أن ابن العربي نفسه يرى أن الربا لا يظهر إلا بإظهار الشارع له، إذ يقول: «لا تظهر الزيادة إلا على مزيد عليه»، ومتى قابل الشيء غير جنسه في المعاملة لم تظهر الزيادة[١٣]. وإذا قابل جنسه لم تظهر الزيادة أيضاً إلا بإظهار الشارع ولأجل هذا صارت الآية مشكلة على الأكثر[١٤].

ويرد عليه أنه إذا كانت الزيادة لا تظهر إلا بإظهار الشارع لها، وأن الآية مشكلة فالآية على هذا المعنى مجملة وليست عامة اللهم إلا أن يقال أنه بعد إظهار الزيادة المحرمة من الشارع تكون الآية عامة في تحريم كل ربا، والقائلون بالإجمال يرون أنه بعد بيان الشارع تصير الآية مفسرة وعندئذ تكون عامة في كل ما بينه الشارع من زيادة محرمة.

ولكن ابن العربي في معرض الرد على هذا الاعتراض يقول: «إن جميع ما أحل الله لهم أو حرم عليهم كان معلوماً عندهم؛ لأن الخطاب جاء فيهم بلسانهم[١٥]. فقد أطلق لهم حل ما كانوا يفعلونه من بيع وتجارة ويعلمونه، وحرم عليهم الربا وكانوا يفعلونه... ثم يقول: «ثم إن الله سبحانه وتعالى أوحى إلى رسول الله ﷺ أن يلقي إليهم زيادة فيما كان عندهم من عقد أو عوض لم يكن عندهم جائزاً فألقى إليهم وجوه الربا المحرمة في كل مقتات وثمن الأشياء مع الجنس متفاضلاً، وألحق به بيع الرطب بالتمر.

ونقول: إنه لا يلزم من كون القرآن نزل بلغة العرب أن جميع آياته مبينة، فمن الألفاظ ما هو مجمل بنيته السنة المطهرة.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى أنه إذا أراد بقوله أن الله تعالى أوحى إلى رسوله أن يلقي إليهم - زيادة على ما عندهم - وجوه الربا المحرمة، وإذا أراد أن السنة استقلت بتحريم وجوه من الربا فالآية ليست عامة في كل ربا، وإنما هي عامة في ربا الجاهلية فقط ومع هذا يلزم من اعتبار الألف واللام في قوله تعالى: ﴿وحرم الربا﴾ للعهد الذهني وليست للجنس.

وحينئذ يرد عليه ما ورد على القرطبي من أن هذا القول يؤدي إلى تخصيص عام القرآن بخبر الواحد والقياس.

المذهب الثاني:

وأصحاب هذا المذهب كما سبق أن بينا يرون أن لفظ الربا مجمل بينته سنة رسول الله ﷺ، وذلك لأنه يقع على معان عرف العرب بعضها، ولم يعرفوا البعض الآخر فأما ما عرفوه فهو قرض الدراهم والدنانير إلى أجل بزيادة مشروطة على ما استقرض، وهذا ما أبطله الله تعالى بقوله: ﴿لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة﴾[١٦].

وأما ما لا يعرفونه فهو ما أبطله الله من بعض المعاملات التي كانوا يتعاملون بها ولكنهم لا يعرفون أنها ربا كالتعامل في الجنس الواحد من مكيل أو موزون على ما

ذهب إليه الحنفية، أو مقتات مدخر على ما ذهب إليه مالك، أو ما كان مطعوما على ما ذهب إليه الشافعي، كما حرم عليهم ربا النساء؛ فلفظ الربا انتظم أموراً ثلاثة هي :

١ ـ ربا الجاهلية.

٢ ـ ربا الفضل.

٣ ـ بعض أنواع ربا النساء.

ولهذا اعتبر اللفظ مجملاً، وذلك لانطباقه على معان عرف العرب بعضها ولم يعرفوا البعض الآخر.

الأدلة المثبتة للإجمال : ولقد استدل القائلون بالإجمال بأدلة منها :

الدليل الأول : قول عمر بن الخطاب وهو من أهل اللغة :

«إن آية الربا آخر ما نزل من القرآن، وأن النبي ﷺ قبض قبل أن يبينه لنا فدعوا الربا والريبة» فقوله هذا يعني أن اللفظ صار إسماً شرعياً خفي على عمر معناه وإلا لما قال هذا وهو من أهل اللغة[١٧].

الدليل الثاني :

إن لفظ الربا مفرد معرف بالألف واللام وهو لا يفيد العموم، بل ليس فيه إلا تعريف الماهية وإذا كان ذلك كذلك فيكفي العمل به في ثبوت حكمه في صورة واحدة[١٨].

وإذا سلمنا أنه يفيد العموم ـ كما يرى البعض ـ فإفادته للعموم أضعف من إفادة ألفاظ الجمع للعموم.

وإذا سلمنا إفادته للعموم فإنه لابد وأن يتطرق إليه تخصيصات كثيرة خارجة عن الحصر ومثل هذا لا يليق بكلام الله تعالى، وذلك بخلاف العام الذي يكون موضع التخصيص فيه قليلاً جداً فهو جائز ـ في لغة العرب[١٩].

ونرى أن المسألة خلافية في اللفظ المفرد المعرف بالألف واللام إذ يرى البعض أن الاسم المفرد في هذه الحالة يفيد الجنس فهو عام ولا ضرر إذا قام الدليل الدال على التخصيص.

الدليل الثالث :

قول الله تعالى : «وأحل الله البيع» يقتضي حل كل بيع، وقوله : «وحرم الربا» يقتضي أن يكون كل ربا حراماً، ولما كان الربا هو الزيادة، ولا بيع إلا ويقصد به الزيادة، فأول الآية أباح جميع البيوع وآخرها حرم الجميع، فلا يعرف الحلال من الحرام بهذه الآية فتكون مجملة. هكذا استدل الفخر الرازي بهذه الآية ونرى أن القائلين بأن اللفظ واضح الدلالة على معناه لا يقصدون المعنى اللغوي، وانما يقصدون المعنى

الاصطلاحي الذي اصطلح عليه العرب في الجاهلية وهو الزيادة المشروطة في عقد الدين، وإذا جرينا في تفسير الآية على هذا المعنى امتنع التناقض.

وبعد فهذه وجهة نظر كل من القائلين بإجمال لفظ الربا، والقائلين بأنه واضح الدلالة لا غموض فيه ولا إبهام، ونختار القول بالإجمال لما قاله عمر رضي الله عنه وهو من أهل اللسان من أن الرسول ﷺ قبض قبل أن يبين الربا ويريد بذلك مزيد بيان من الرسول ﷺ.

ويؤيد هذا أيضاً أن بعض أنواع المعاملات عند العرب ربا ولكنهم كانوا يجهلون أنها ربا ويؤكد هذا ما رواه أبو سعيد من أن بلالاً جاء رسول الله ﷺ بتمر برني (جيد) فقال له الرسول ﷺ من أين هذا يا بلال فقال: «عندنا تمر ردىء فبعته صاعين بصاع ليطعم النبي ﷺ فقال النبي أنه عين الربا، عين الربا، وفي رواية لقد أربيت لقد أربيت(٢٠). فهذا الحديث يدل على أن بلالاً كان يظن أن ما فعله هو عقد بيع، ولكن الرسول بين له أنه ربا. دون أن يذكر حكم الواقعة فكأنه أحاله إلى حكم الربا الوارد في قول الله تعالى: ﴿وحرم الربا﴾. ويشهد لذلك أيضاً ما روي عن أبي المنهال قال: باع شريك لي ورقاً بنسيئة إلى الموسم أو إلى الحج فجاء إلي فأخبرني فقلت هذا أمر لا يصلح قال قد بعته في السوق فلم ينكر ذلك على أحد، فأتيت البراء بن عازب فسألته فقال قدم النبي ﷺ إلى المدينة ونحن نبيع هذا البيع فقال: «ما كان يداً بيد فلا بأس وما كان نسيئة فهو ربا»(٢١).

وإذا كان هذا بعد مقدم النبي ﷺ المدينة وآية الربا من أواخر ما نزل من القرآن فيعني هذا أن لفظ الربا الوارد في الآية شامل لهذا النوع من المعاملة ومع ذلك جهله من لم يسمع الحديث عن الرسول ﷺ فاللفظ بالنسبة له مجمل زال إجماله ووضح معناه بعد سماعه للحديث.

أثر الخلاف:

لم يكن للقول بالإجمال أو البيان في قول الله تعالى: «وحرم الربا» أثر في المسائل الفقهية الفرعية؛ حيث إن كلاً من القائلين بالإجمال أو بالبيان يرون أن الربا بجميع أنواعه محرم في الجملة وإن اختلفوا فيما بينهم في بعض المسائل، لكن اختلافهم فيها ليس راجعاً للقول بالإجمال أو بالبيان، وإنما هو راجع لأمور أخرى سوف نبينها في موضعها.

وغاية ما هنالك أنه يترتب على القول بالإجمال: أن سنة رسول الله ﷺ لم تستقل بتشريع حكم ربا الفضل وبعض أنواع ربا النسيئة، وإنما بينت مجمل القرآن. ويترتب على القول بأن الآية مبينة في ربا الجاهلية: أن سنة رسول الله ﷺ قد استقلت ببيان حكم ربا الفضل وبعض أنواع ربا النسيئة، كما يترتب على القول بأن الآية عامة في

تحريم كل أنواع الربا أن سنة رسول الله ﷺ تعتبر مؤكدة لهذا الحكم.

وفي ختام هذه المسألة نود أن نشير إلى مسألتين:

المسألة الأولى: إن بعض الكاتبين[٢٢] قد رفض القول بالإجمال؛ لأنه يترتب عليه في زعمه أن الربا المحرم هو ربا البيوع فقط!!. وذلك لاعتقاده بأن لفظ الربا نقل ـ طبقاً للقول بالإجمال ـ من معناه المعروف عند العرب في الجاهلية إلى معنى شرعي جديد بينته سنة رسول الله ﷺ وهو ربا البيوع فقط.

وهذا الفهم قد جانبه الصواب، لأن الكاتب قد قاس لفظ الربا على الصلاة والزكاة في النقل من المعنى اللغوي إلى المعنى الشرعي، وعلى هذا ينقطع المعنى اللغوي تماماً عن اللفظ، ولقد سبق أن بينا أن نقل الشرع للفظ من معناه اللغوي له صور هي:

١ ـ أن ينقل اللفظ إلى معنى جديد تماماً وإن كان له صلة بالمعنى اللغوي كلفظ الصلاة والزكاة، فإذا ورد هذان اللفظتان في نص شرعي يكون المراد المعنى الشرعي لا اللغوي.

٢ ـ أن يخصص المعنى اللغوي، أي يضيق من استعماله كلفظ الصوم فهو في اللغة مطلق إمساك، وفي الشرع إمساك مخصوص، وأيضاً إذا ورد في نص شرعي أريد به المعنى الشرعي لا اللغوي.

٣ ـ أن يوسّع مفهوم اللفظ ليشمل ما كان معروفاً وزيادة كلفظ الربا فهو عند العرب في الجاهلية زيادة بلا عوض في عقد دين وفي الشرع استعمل في هذا المعنى وزيد عليه ربا الفضل وبعض أنواع ربا النسيئة، فإذا ورد لفظ الربا في نص شرعي فإنه يراد منه جميع أفراده.

هذا وقد جاء بيان الرسول ﷺ للفظ الربا ليس فقد بأحاديث ربا الفضل ولكن أيضاً بنهي الرسول ﷺ عن ربا الجاهلية ألا ترى إلى قوله عليه السلام: «ألا إن ربا الجاهلية موضوع». فمجموع أحاديث الرسول ﷺ عن الربا تعتبر بياناً لمجمل قوله الله (وحرم الربا)، وعلى هذا فلا صحة لما تصوره هذا الكاتب حتى يفند به القول بالإجمال.

المسألة الثانية:

لقد سبق أن قلنا أنه يترتب على القول بأن لفظ الربا مبين في ربا الجاهلية، يترتب على ذلك تخصيص عموم القرآن بخبر الواحد في ربا الفضل في الأشياء الستة وبالقياس في غيرها. وكل من القياس وخبر الواحد أضعف من القرآن وأصحاب هذا الاعتراض هم الظاهرية النافون للقياس.

ونرى أن هذا الاعتراض لا أساس له وذلك أن ربا الفضل لا يعتبر بيعاً وبالتالي فلا يدخل تحت عموم قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾، وبالتالي إذا وردت السنة بتحريمه فلا يعتبر هذا تخصيصاً للقرآن بخبر الواحد، ولا بالقياس على ما جاء في هذا الخبر.

وآية ذلك أن الرسول ﷺ قد نفى عنه صفة البيع فتسميته بربا البيوع تسمية مجازية ألا ترى أن الرسول ﷺ قال لبلال ولعامله على خيبر حينما أتياه بتمر جيد وسألهما عن مصدره فأخبراه بأنهما يشتريان الصاع من الجيد بالصاعين من الرديء، فقال لهما: «عين الربا» فوصف المعاملة بأنها عين الربا، فهي إذا ليست بيعاً وإذا كان ذلك كذلك فربا الفضل لا يدخل تحت عموم البيع حتى يقال أنه استثنى بخبر الواحد.

وهذا الرأي يوافق ما ذهب إليه ابن القيم في إعلام الموقعين من أنه ليس في الشريعة شيء على خلاف القياس، فربا الفضل إذن قاعدة قائمة بذاتها لا تدخل تحت قاعدة البيع حتى نقول إن أحاديث ربا الفضل قد خصصت عموم القرآن.

ثانياً: الإجماع وربا الفضل:

ذهب بعض الناس إلى التشكيك في حرمة ربا الفضل، حيث قالوا: «إنه ليس هناك إجماع على حرمته»، ويعني كلامهم هذا أن هناك من يحله، والسبب في ذلك ما روي من أن ابن عمر وابن عباس كانا يقولان بحله.

وفي هذا البحث نعرض لصحة الخبر عن هذين الصحابيين الجليلين، ثم نعرج إلى الإجماع لنبين حجيته وأثره في ربا الفضل.

أولاً: صحة الخبر عن ابن عمر وابن عباس:

أما ما روي عن ابن عمر من أنه يجيز ربا الفضل، فقد ثبت أنه رجع عن هذا القول، أما ابن عباس فقد اختلف في رجوعه.

فقد أخرج مسلم عن أبي نضيرة قال: «سألت ابن عباس عن الصرف» فقال: «إلا يداً بيد»، قلت نعم، قال: «فلا بأس» فأخبرت أبا سعيد فقال: «أو قال ذلك»، إنا سنكتب إليه فلا يفتيكموه»، هذا وقد روى الحاكم أنه رجع عن ذلك عندما نبهه أبو سعيد بذكر الأحاديث الواردة عن رسول الله ﷺ في تحريم ربا الفضل، كما ذكر الحاكم أنه كان يستغفر الله وكان ينهي عنه أشد النهي.

وقد روي مسلم أيضاً عن أبي الصهبا أنه سأل ابن عباس عن الصرف فكرهه. من هذا كله يتبين لنا رجوع ابن عباس عن قوله في حله لربا الفضل، فحرمه ونهى عنه أشد النهي، الأمر الذي أكده النووي والقسطلاني[٢٣].

وقد روى الحازمي رجوع ابن عباس واستغفاره عندما سمع عمر بن الخطاب وابنه عبد الله يحدثان عن رسول الله ﷺ بما يدل على تحريم ربا الفضل وقال: «حفظتما من رسول الله ﷺ ما لم أحفظ»، وروى عنه الحازمي أيضاً أنه قال كان ذلك برأيي وهذا أبو سعيد يحدثني عن رسول الله ﷺ فتركت رأيي لقول رسول الله ﷺ[٢٤].

وقد روي ابن حزم عدم رجوع ابن عباس عن رأيه. كما نقل عن طاووس ما يدل

على أن ابن عباس توقف في المسألة[٢٥]. وهكذا الاختلاف في النقل عن ابن عباس.

ثم إنه على فرض عدم رجوع ابن عباس عن رأيه فنكون أمام جمهرة من علماء الصحابة يحرمون ربا الفضل، ويخالفهم ابن عباس، فهل ينعقد الإجماع مع مخالفة البعض أم لا؟ وللإجابة عن هذا السؤال نتحدث عن الإجماع ثم نبين آراء العلماء في إجماع الكثرة.

الإجمـــاع:

الإجماع هو المصدر الثالث من مصادر التشريع الإسلامي بعد القرآن والسنة، وقد عرفه جمهور العلماء بأنه:

«اتفاق المجتهدين من الأمة الإسلامية في عصر من العصور بعد وفاته ﷺ على حكم شرعي»[٢٦].

يتبين لنا من هذا التعريف أن جمهور العلماء يشترطون في الإجماع أن يتوافر عدد من المجتهدين يؤمن تواطئهم على الكذب، وأن يقع الاتفاق من الجميع. ولكن ذهب بعض العلماء إلى أن إجماع الكثرة حجة الأمر الذي نؤيده ونذهب إليه للأدلة التالية:

١ ـ قول الرسول ﷺ: «إن الله لم يكن ليجمع أمة محمد على ضلالة، فإذا رأيتم الاختلاف فعليكم بالسواد الأعظم»[٢٧].

وكذلك قوله ﷺ: «عليكم بالجماعة» وقوله: «يد الله مع الجماعة»[٢٨] وقوله: «إياكم والشذوذ» وقوله: «الشيطان مع الواحد وهو مع الإثنين أبعد»[٢٩].

فهذه الأحاديث وإن كانت أخبار آحاد إلا أنها يقوى بعضها بعضاً، وهي تدل على حجية إجماع الكثرة، ولا عبرة بمخالفة البعض، بل صرحت بعض هذه الأحاديث أن مخالفة الجماعة شذوذ في الرأي، والرسول ﷺ قد حث على عدم مخالفة الجماعة.

٢ ـ إنه قد اعتبرت خلافة أبي بكر الصديق مع أن هناك من الصحابة من لم يرضى بخلافته، ومع ذلك فقد انعقدت له الخلافة برأي الأكثرية، فكان رأي الأكثرية حجة على الأقلية الحضور، فليكن كذلك على من يأتي بعدهم.

٣ ـ يستدل على حجية رأي الأكثرية بقياسه على الخبر المتواتر فهو يفيد العلم وخبر الواحد يفيد الظن، فكذلك يقدم رأي الأكثرية على رأي الأقلية.

هكذا يستدل من يرى حجية إجماع الأكثرية، ونرى أن هذا يعتبر دليلاً عند من يشترط في الأقلية ألا تبلغ حد التواتر.

٤ ـ يستدل أيضاً على حجية رأي الأكثرية بقياسه على أخبار الآحاد عند تعارضها، إذ يقدم الخبر الذي كثر رواته على الخبر الذي قل رواته، فيقاس على ذلك تقديم قول الأكثرية على قول الأقلية. وبعبارة أخرى نقول أنه عند التعارض بين رأي الأكثرية ورأي الأقلية يقدم رأي الأكثرية كما يقدم الخبر الذي كثر رواته على الخبر الذي قل رواته عند تعارضهما.

٥ - إن الاعتداد برأي الأقلية إنما يمنع انعاقد الإجماع أصلاً، وذلك لأنه لا يكاد يسلم إجماع من مخالفة، ألا ترى اختلاف الصحابة في قتال ما نعى الزكاة في عهد أبي بكر، وخلافهم في قسمة أرض العراق في عهد عمر، فإذا اعتبرنا الرأي المخالف لتعطلت المصالح.

وقد يعترض على ذلك بأن الحق كما يكون مع الأكثر قد يكون مع الأقل، فلا يعتبر رأي الأغلبية حجة، ويجاب عن ذلك بأن الحق مع الأكثرية أكثر احتمالاً منه مع الأقلية، فنظن الحق معهم ونحن مأمورون بالعمل بالظن، خاصة وأن النصوص الدالة على عصمة الأمة كقول الرسول ﷺ: «لا تجتمع أمتي على خطأ». يمكن حملها على رأي الأغلبية، وهذا جار في الأساليب العربية ألا ترى أن العرب تقول: «بنو تميم يحمون الجار ويكرمون الضيف» والمراد أكثرهم[٣٠].

وبعد فهذه أدلة القائلين بحجية إجماع الكثرة، وقد أجاب عنها أصحاب الرأي المقابل بما يفيد أن الكثرة لا يطلق عليها أنها كل الأمة أخذاً من عموم النصوص، كقول الله تعالى: ﴿كنتم خير أمة﴾ وكقول الرسول ﷺ: «لا تجتمع أمتي على خطأ»، وما شاكلها. ولكن يمكننا أن نجيب عن هذا بأنه يمكن حمل هذه الأدلة على الأكثر، فعند إطلاقها يراد منها الأكثر لا الجميع، جمعاً بينها وبين النصوص التي تبين حجية رأي الأغلبية، كقول الرسول ﷺ: «يد الله مع الجماعة»[٣١] وقوله: «عليكم بالسواد الأعظم»[٣٢].

رأينـــــا:

ونرى صحة القول بحجية رأي الأكثرية، ودليلنا على ذلك أن من يرى عدم حجية رأي الأكثرية نراهم يذكرون القياس الأصولي ضمن الأدلة المجمع عليها، مع أن هناك من ينكر العمل به، وحجتهم في ذلك أنه لا اعتداد برأي المخالف وفي ذلك ما نراه حجة عليهم، إذ اعتبروا رأي الأغلبية، ولو كان القول بالقياس راجعاً لقوة الأدلة المثبتة له لوجب عليهم ذكر القياس في باب الأدلة المختلف فيها، لكنهم جعلوه في باب الأدلة المجمع عليها.

وإذا ثبت أن إجماع الكثرة حجة يجب العمل به، فإننا نجد أنفسنا أمام جمهرة من علماء الصحابة يحرمون ربا الفضل، ولا يخالف في ذلك إلا القلة التي لا تبلغ حد التواتر، فنعتبر رأي الأغلبية ولا ننظر إلى رأي القلة، فيحرم ربا الفضل بإجماع الكثرة.

وأما إذا قلنا بعدم حجية رأي الأغلبية، فرأي الأقلية أيضاً ليس بحجة من باب أولى، وحينئذ لابد من الرجوع إلى دليل كل رأي لكي نرجح بين هذين الرأيين المتعارضين.

أدلة القائلين بتحريم ربا الفضل:

استند المحرمون لربا الفضل لجملة من النصوص من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة.

أولاً : من القرآن :

استندوا إلى عموم الآيات المحرمة للربا، فهي لا تخص نوعاً دون نوع ومنها قول الله تعالى : ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾، فإذا قيل أن هذه الآية مجملة تحتاج إلى بيان، فلا يصح الاستدلال بها إلا بعد بيانها وتفسيرها . فنقول : «إن أحاديث رسول الله ﷺ قد فسرتها وبينتها، ومنها أحاديث خاصة بربا الفضل سوف نذكرها بعد قليل.

هذا ويمكننا أن نستدل لهذا الرأي بقول الله تعالى : ﴿وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون﴾[٣٣] . فهي عامة تشمل جميع الأنواع.

ثانياً : من السنة :

استند المحرمون لربا الفضل بجملة من الأحاديث الصادرة من النبي ﷺ، نكتفي منها بما يلي :

١ ـ ما روي عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ أنه قال : «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز» متفق عليه[٣٤] .

٢ ـ ما رواه أحمد والبخاري بسنده أن النبي ﷺ قال : «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد فمن زاد أو استزداد فقد أربى، الآخذ والمعطي فيه سواء»[٣٥] .

٣ ـ ما رواه أبو سعيد وأبو هريرة : «إن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر فجاءهم بتمر جنيب فقال أكل تمر خيبر هكذا، قال إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة فقال : لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا وقال في الميزان مثل ذلك[٣٦] . رواه البخاري ومسلم.

٤ ـ ما رواه أبو سعيد من أن بلالاً جاء إلى النبي ﷺ بتمر يرني فقال له النبي ﷺ من أين هذا يا بلال؟ فقال عندنا تمر ردىء فبعته صاعين بصاع لطعم النبي ﷺ فقال النبي ﷺ أنه عين الربا عين الربا لا تفعل.

هذه جملة من الأحاديث الثابتة عن النبي ﷺ ـ وغيرها كثير ـ تحرم ربا الفضل، وبيان ذلك أن قول الرسول مثلا بمثل، سواء بسواء، لا تشفوا بعضها على بعض، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، كل ذلك يعد تصريحاً منه عليه السلام بتحريم ربا الفضل.

دليل القائلين بحل ربا الفضل :

استدل القائلون بحل ربا الفضل من الصحابة رضوان الله تعالى عليهم ـ كابن عباس ـ بما رواه الشيخان البخاري ومسلم بسندهما عن أسامة من أن النبي ﷺ قال :

«إنما الربا في النسيئة» رواه البخاري وزاد مسلم في رواية عن ابن عباس «لا ربا فيما كان يداً بيد»، فقد حصر الحديث الربا في النسيئة فقط ويبقى ما عداه على الحل، وقد يفهم من الرواية الأولى «إنما الربا في النسيئة» حل ربا الفضل عن طريق مفهوم المخالفة[٣٧].

هذه هي أدلة كل فريق، ولكي نختار أي المذهبين يجب علينا أن ننظر في هذه الأدلة، فنختار أقواها.

والذي ينظر في هذه الأدلة يجدها متعارضة، فأدلة تثبيت حل ربا الفضل وأخرى تحرمه، فوجب علينا أن نبين ما هو التعارض عند العلماء، وما هي الضوابط والقواعد التي تحكم هذا التعارض بقدر ما يفيد موضوعنا هذا فقط.

ثالثاً: التعارض والترجيح:

تعريف التعارض:

التعارض بين دليلين هو أن يؤد كل منهما حكماً نقيض ما يقتضيه الآخر.

كيف يرفع التعارض[٣٨]؟:

النصان المتعارضان قد يتساويان في القوة وقد يختلفان كأن يكونا متواترين أو غير متواترين أو أحدهما متواتراً والآخر غير متواتر. فإذا لم يتساويا قدم الأقوى على الأضعف، فكان ينبغي علينا أن نقدم القول الدال على تحريم ربا الفضل لأن القرآن متواتر وقد عضدته السنة أما الرأي المجيز فيستند إلى خبر آحاد لكن لما كانت آية الربا مجملة تحتاج إلى بيان فلا يستند إليها في التحريم قبل أن تفسر.

وعلى هذا نكون أمام أخبار آحاد تحرم ربا الفضل وخبر أو خبرين يجيزانه. فتساويا قوة. وعند التساوي في القوة فإن علم المتقدم من المتأخر كان المتأخر ناسخاً للمتقدم، وإن لم يعلم أيهما المتقدم فإن أمكن إعمال الدليلين من وجه فهو أولى من إعمال أحدهما وإهدار الآخر عملاً بالقاعدة الفقهية القائلة إعمال الكلام أولى من إهماله. وإذا تعذر إعمال الدليلين وجب الترجيح بينهما[٣٩].

هذه هي الضوابط التي تحكم قاعدة التعارض بين الأدلة فلنطبقها على أحاديث الربا.

١ ـ ذهب بعض العلماء إلى أن حديث أسامة منسوخ مستند في ذلك أن جماهير العلماء إنما تحرم ربا الفضل فيستنتج من ذلك أن حديث أسامة منسوخ، لكن النسخ لا يثبت بالاحتمال، فلابد من معرفة المتقدم من المتأخر.

٢ ـ ذهب البعض إلى تأويل حديث أسامة (إنما الربا) أو (لا ربا) أي الربا الشديد أو الأعظم، كما تقول العرب لا عالم في البلد إلا فلان مع أن فيها علماء غيره، وقد

سلك الرسول ﷺ هذا المسلك في قوله: «الحج عرفة» أي الركن الأعظم في الحج هو الوقوف بعرفة مع أن هناك أركاناً أخرى غيره، وعلى ذلك فيكون قصر الرسول ﷺ بيان ان الربا درجات أعلاها ربا النساء.

٣ ـ إن حديث أسامة حرم ربا النساء بالمنطوق وأجاز ربا الفضل عملاً بمفهوم المخالفة والأحاديث الأخرى تحرم ربا الفضل بالمنطوق وعند التعارض بين المنطوق والمفهوم يقدم المنطوق على المفهوم المخالف. وذلك لأن دلالة المنطوق أقوى من دلالة المفهوم.

وقد يعترض على ذلك بأن الرواية الأخرى (لا ربا إلا في النسيئة) تثبت بمنطوقها تحريم ربا الفضل هذا من ناحية ومن ناحية أخرى يمكن أن يقال إن حديث أسامة إنما حرم ربا النسيئة وسكت عن ربا الفضل فيبقى على حكم الأصل وهو الإباحة[٤٠].

هذا ويرى صاحب نيل الأوطار أن الرواية الأخرى (لا ربا إلا في النسيئة) ليست مروية عن رسول الله ﷺ، ويستند في هذا أن هذه الرواية لو كانت مرفوعة لما رجع ابن عباس واستغفر الله[٤١]. وتقول إنه على فرض عدم رجوعه كما ادعى البعض فتكون الرواية مرفوعة.

ويمكن رفع التعارض بما يأتي:

٤ ـ إن حديث أسامة عام في إباحة ربا الفضل في كل شيء، ويخصصه أحاديث الباب فتحرم ربا الفضل في الأشياء الستة المذكورة[٤٢].

ولكن يرد على هذا الرأي أنه يمنع القياس على هذه الأشياء الستة اللهم إلا إذا قلنا بجواز تخصيص النص بالقياس.

٥ ـ وأولى مما سبق أن يقال: إن حديث أسامة إنما ينفي ربا الفضل فيما إذا اختلفت الأجناس، الأمر الذي يؤكده قول الرسول ﷺ بقوله: «فإذا اختلفت الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» فإذا كان يداً بيد مع اختلاف الجنس فالفضل ليس ربا، وإنما يكون الربا في النسيئة ومن أجل هذا يحتمل أن يكون قول الرسول ﷺ (لا ربا إلا في النسيئة). وقوله: «إنما الربا في النسيئة» جواباً لسؤال حاصله هل هناك ربا فيما إذا اختلفت الأجناس فأجاب الرسول بقوله هذا فسقط السؤال وحفظت الإجابة.

٦ ـ وعلى فرض القول بأن ما سبق مجرد احتمالات، والاحتمال لا يثبت به الجمع بين الأدلة فيبقى أمامنا الترجيح بينها، وحينئذ وجب ترجيح الأحاديث الواردة في تحريم ربا الفضل على حديث أسامة، وذلك لأن هذه الأحاديث ثابتة عن جماعة من الصحابة في الصحيحين وغيرهما. وقد قال الترمذي بعد أن ذكر حديث أبي سعيد وفي الباب عن أبي بكر، وعمر عثمان وأبي هريرة وهشام بن عامر والبراء وزيد بن أرقم وفضالة بن عبيد وأبي بكرة وابن عمر وأبي الدرداء وبلال[٤٣].

وإذا ثبتت أحادث ربا الفضل عن جماعة من الصحابة فتقدم على خبر أسامة، إذ

القاعدة تقول: يرجح بكثرة الأدلة لأن الظنين أقوى من الظن الحاصل بالواحد[٤٤].

ويضاف إلى ذلك أيضاً أن حديث أبي سعيد قد روي من طرق مختلفة فيقدم على حديث أسامة عملاً بالقاعدة القائلة بترجيح الخبر الذي كثر رواته على الخبر الذي قل رواته، لأن الظنين أقوى من الظن الواحد[٤٥].

وهكذا نرى قوة الرأي القائل بتحريم ربا الفضل، أما ربا النساء فلا خلاف بين العلماء على تحريمه. وإذا كان ذلك كذلك فهل يقتضي النهي عن الربا فساد عقود البيع لمتضمنه لربا الفضل أو ربا النساء. هذا ما نوضحه في المسألة التالية:

رابعاً: النهي في العقود الربوية هل يقتضي فسادها؟:

ذهب جمهور العلماء إلى أن النهي إن كان راجعاً إلى ذات الشيء المنهي عنه فإنه يقتضي فساد المنهي عنه، أما إذا كان راجعاً إلى أمر خارجي عن العقد لازم له كما في العقود الربوية فقد اختلف في ذلك، فذهب الجمهور إلى أن النهي يقتضي الفساد المرادف للبطلان وذهب جمهور الحنفية إلى أنه يقتضي الفساد فقد ولا يقتضي البطلان[٤٦].

الأدلـــة

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور القائلون بأن النهي يقتضي البطلان بأدلة منها:

١ - ما روي عن الرسول ﷺ من قوله: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»[٤٧]. والمنهي عنه ليس عليه أمرنا، فلا يقبل.

٢ - إن الأمر بالشيء أو النهي عنه لابد له من حكمة، والحكمة في النهي هي كون المنهي عنه فاسداً، فلو لم يكن الشيء المنهي عنه فاسداً لخلا عن الفائدة ولكان عبثاً.

٣ - إن النهي نقيض الأمر، فإذا كان الأمر بالشيء يقتضي صحة المأمور به فإن النهي يقتضي فساد المنهي عنه.

٤ - ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه» فأفاد وجوب اجتناب المنهي عنه، وهذا هو المطلوب.

هذه هي أدلة الجمهور، وهي أدلة عامة لا فرق بين أن يكون المنهي لذات الشيء، أو لأمر خارجي لازم، فهي تفيد فساد المنهي عنه وبطلانه خاصة وأن الوصف اللازم للعقد هو علة التحريم[٤٨].

أدلة الحنفية:

استدل الأحناف على أن النهي يقتضي فساد الوصف ولا يقتضي بطلان العقد بأدلة منها:

١ ـ أن النهي إذا اقتضى بطلان العقد وفساده، لأدى ذلك إلى أن طلاق الحائض لا يصح، ولا ذبح ملك الغير لحرمته، ولم يقل بذلك أحد فإن طلاق الحائض، وذبح ملك الغير يصح. فالنهي لا يقتضي البطلان وإن اقتضى فساد الوصف.

٢ ـ إن النهي إذا اقتضى فساد المنهي عنه وبطلانه لناقض ذلك التصريح بالصحة، فإن الشارع إذا قال نهيت عن الربا نهى تحريم، ولكن لو فعله أحد لكان البيع المنهي عنه موجباً للملك يصح هذا القول ولما ترتب عليه تناقض، الأمر الذي يدل على أن النهي إنما يقتضي فساد الوصف لا العقد.

تطبيق هذه القاعدة على العقود الربوية:

وعلى هذا إذا قلنا بأن النهي يقتضي الفساد المرادف للبطلان، فإن العقود الربوية لابد من فسخها، ويؤيد هذا ما رواه مسلم بسنده عن أبي سعيد قال: أتى رسول الله ﷺ بتمر فقال: ما هذا من تمرنا، فقال الرجل: يا رسول الله بعنا تمرنا صاعين بصاع من هذا فقال الرسول ﷺ: «هذا الربا فردوه»، ثم بيعوا تمرنا واشتروا لنا من هذا[٤٩].

أما إذا ذهبنا مذهب الأحناف وقلنا أن النهي لا يقتضي بطلان المنهي عنه وإنما يقتضي فساد الوصف فيكون العقد صحيحاً ويلغي ما فيه من ربا. وقد يؤيد هذا أن الأحاديث المحرمة للربا ليس فيها معنى الرد خلاف الحديث السابق الذي استند إليه الجمهور ولعلهم اعتبروها زيادة على النص فلا تقبل.

رأينـــــا:

ونرى أن القول بأن النهي يقتضي فساد المنهي عنه وبطلانه ليس على إطلاقه وكذلك القول بأن النهي لا يقتضي البطلان ليس على اطلاقه، بل يمكن الجمع بين الرأيين وذلك بالتفريق بين حالتين:

الأولى: إن العقد إذا كان مشتملاً على ربا نسيئة فالعقد صحيح ويلغي ما فيه من ربا، وذلك إعمالاً لقول الله تعالى: ﴿فإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون﴾.

الثانية: إن العقد إذا كان مشتملاً على ربا فضل، فالعقد فاسد وباطل يجب فسخه، وذلك إعمالاً لحديث أبي سعيد الخدري السابق الإشارة إليه والذي جاء فيه قول الرسول ﷺ: «هذا الربا فردوه».

ولا يقال إننا جوزنا العقد المشتمل على ربا النسيئة بعد إلغاء ما فيه من ربا، وأبطلنا العقد المشتمل على ربا الفضل، مع أن ربا النسيئة أشد وأكبر من ربا الفضل، لأننا لم ننظر في قوة الربا وشدته وعظم إثمه، وإنما نظرنا في إمكانية تصحيح العقد بإخراج ما

فيه من باطل مع عدم الإضرار بأحد العاقدين. والعقد المشتمل على ربا نسيئة يمكن تصحيحه وذلك بإلغاء ما فيه من ربا ولم يضار أحد فكل أخذ رأس ماله أو مثله. أما في العقد المشتمل على ربا الفضل، فإننا إذا ألغينا ما فيه من ربا فقط لأدى ذلك إلى الإضرار بأحد العاقدين، ففي الحديث السابق المشار إليه نهى الرسول عن بيع الصاع من التمر الجيد بالصاعين من الردىء فإذا ألغينا الربا لبيع الصاع من الجيد بالصاع من الردىء وذلك يكون إضراراً بأحد العاقدين، وعلى ذلك وجب فسخ العقد ليحل محله عقد جديد بدخول وسيط يعتبر ثمناً يقوم به الجيد والردىء فيباع الردىء بالثمن وبثمنه يشترى الجيد فلا يضار أحد والله أعلم بالصواب.

خامساً: المصلحة والربا:

من المعلوم أنه ما من حكم من الأحكام الشرعية إلا ولله فيه حكمة من جلب نفع للإنسان، أو دفع ضرر عنه في كل ما يعترضه في الحياة، والشرع بذلك بحفظ للإنسان دينه، ونفسه، ونسله، وماله، وعقله، بل إن الإنسان إذا سار على منهج الشريعة الإسلامية لتحقق له جلب النفع ودفع الضرر في آخرته أيضاً.

وليس المقصود من جلب النفع ودفع الضرر ما يراه الإنسان من نفع له أو ضرر عليه، بل ما قصده الشارع، فقد يرى بعض الناس نفعاً في شرب الخمر، ويجد لذة في الزنا مع أن الشارع الحكيم اعتبر ذلك ضرراً وليس نفعاً.

تعريف المصلحة:

ومن هنا نجد العلماء يعرفون المصلحة بأنها: «عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع»[٥٠]. ومقصود الشرع كما بينا هو حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل. فما يراه الشارع مصلحة فهو كذلك، وما يراه مضرة كذلك، وإن رآه الناس عكس ذلك.

ومن هنا قسم العلماء المصلحة بهذا الاعتبار إلى مصلحة معتبرة وأخرى ملغاة، أما المعتبرة فهي التي قام الدليل من قرآن أو سنة أو اجماع على اعتبارها وبناء الأحكام على وفقها، وبعبارة أخرى هي تلك المنفعة التي ترتبت على تطبيق الأحكام المنصوص عليها أو المجمع عليها. وهذا القسم هو الذي يرجع إليه باب القياس، وهو حجة عند القائلين بالقياس ولذا نجد الإمام الغزالي يعرفه: «اقتباس الحكم من معقول النص والإجماع»[٥١]. ثم إن العلة المستنبطة من النص والتي تحقق هذه المصلحة عند بناء الأحكام عليها يسميها الأصوليين بالمناسب المعتبر. وبيان ذلك حفظ العقل مصلحة ضرورية اعتبرها الشارع من المصالح الخمسة المشار إليها، ولكي تتحقق هذه المصلحة

حرم الشارع شرب الخمر لعلة الإسكار، فالسكر هو الوصف المناسب الذي اعتبره الشارع علة للتحريم لكي تتحقق مصلحة هي حفظ العقل. ثم إن المجتهد إذا وجد هذه العلة في شراب آخر يفعل بالعقل ما يفعله الخمر - حرمه قياساً عليه - وهذا معنى قولنا أن المصلحة المعتبر هي التي يرجع إليها القياس.

وأما المصلحة الملغاة فهي تلك المصلحة التي يراها الناس كذلك، ولكن الشارع الحكيم يرى عكس ذلك، فيبني الأحكام على خلافها، فإذا وجد الناس في الخمر والميسر منافع اعتبروهما مصلحة، جاء الشرع على خلاف ذلك واعتبرهما مفسدة لا مصلحة.

وإذا وجد الناس في طرفي عقد الزواج أنهما متساويان تماماً، فلم ينعقد العقد إلا باتفاقهما، فكذلك ينتهي باتفاقهما، أو على الأقل كما يكون الطلاق بيد الرجل يكون أيضاً بيد المرأة سواء بسواء، فيأتي الشرع ليلغي هذا الاعتبار ويجعل الطلاق بين الرجل فقط.

وهكذا في كل مصلحة اعتبرها الناس لكن الشارع الحكيم أتى بحكم على خلافها.

ويتبين من هذا أن المصلحة الملغاة هي تلك المصلحة التي قام الدليل من قرآن أو سنة على بطلانها، ومثل هذه المصلحة لا يجوز التمسك بها، لأنها في حقيقة أمرها مفسدة وليست مصلحة.

هذا وبين الملغاة والمعتبرة مصلحة مسكوت عنها، فل يقم الدليل على اعتبارها أو إلغائها، وهي تلك المصالح التي لا نص فيها بخصوصها، ويسميها الأصوليون مصلحة مرسلة، على معنى أنه لا يوجد قيد من نص يعتبرها أو يلغيها. فهي تلك المنفعة التي يحققها بناء الحكم على وصف لم يشهد له أصل من الشرع بالاعتبار أو الإلغاء، شريطة أن تكون داخلة في مقاصد الشرع الحنيف.

والعلماء بين متمسك بهذه المصلحة بإطلاق ومنهم من يردها بإطلاق، ومنهم من يعمل بها بشروط، وهؤلاء هم جمهور العلماء، ونحن نذهب مذهبهم، فلا نقول بها بإطلاق، لأن ذلك يؤدي إلى تقديمها على النص وهذا باطل، ولا نرفضها بإطلاق فقد عمل بها من هم أعلم منا وهم صحابة رسول الله ﷺ، كما في جمع المصحف وإعطاء أبي بكر العهد لعمر بن الخطاب رضي الله عنهما، وغير ذلك من أحكام بنوها على المصلحة[٥٢].

هذا ولما كان الغرض من هذه الدراسة هو بيان تأثير القول بالمصلحة على العقود الربوية، فنكتفي هنا بذكر الشروط التي يجب مراعاتها للقول بها، مكتفين بأهمها.

الشروط التي يجب توافرها في المصلحة:

وضع جمهور العلماء شروطاً للعمل بالمصلحة المرسلة، ووضع بعضهم هذه الشروط تحت اسم ضوابط المصلحة[٥٣]. وتتلخص هذه الشروط في:

١ - أن تتحقق المصلحة عند شرع الحكم قطعاً أو ظناً.

فإذا كانت المصلحة موهومة أو منفية الحصول، فلا يجوز التعويل عليها وبناء الحكم على وفقها فلا يصح تحريم بيع العنب لمن جهلت صنعته بحجة أنه ربما يصنعه خمراً، وإذا عقد عليها ثم أودع السجن فور العقد، وتيقناً عدم الخلوة بينهما، ثم أتت بولد أثناء سجنه، فلا يصح إلحاق الولد بالزوج، إذ المقصود من عقد الزواج منتف قطعا، خلافا للحنفية.

٢ - أن تكون المصلحة دائرة حول مقاصد الشرع الخمسة حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل.

٣ - عدم معارضتها للأدلة المتفق عليها.

وهو أهم هذه الشروط، وقد عبر البعض عن هذا الشرط بقوله أن تكون المصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشارع في الجملة، على معنى ألا تصطدم بنص أو إجماع، وأن يشهد لجنسها شاهد بالاعتبار، فلا تأباها قواعد الشريعة ونصوصها، فالمصلحة وإن لم يكن لها نص خاص بها، إلا أن النصوص العامة وضوابط الشريعة تقرها ولا تأباها.

٤ - أن تكون المصلحة ضرورية أو حاجية، فالمصلحة الضرورية هي التي لابد منها كي تسير الحياة وفق ما شرع الله من غير اضطراب أو خلل بحيث إذا فقدت لأدى ذلك إلى الاضطراب بل وفوت الحياة، أو فقد عضو من أعضاء الجسم، والرجوع في الآخرة بالخسران المبين. أما الحاجية فهي لم تبلغ مبلغ الضرورة، بل تسير الحياة بدونها ولكن مع الضيق والحرج والمشقة الشديدة.

وبعد فهذه هي أهم الشروط التي يجب توافرها في العمل بالمصلحة المرسلة، والتي لابد من مراعاتها في الأحكام التي لا نص ولا إجماع فيها.

هذا وقد حاول بعض المحدثين استغلال المصلحة في إباحة الفوائد المصرفية، فقد جاء في حكم للمحكمة الدستورية العليا في أبوظبي أنها تبيح الفوائد الربوية البسيطة استثناء من أصل التحريم معللة ذلك بالحاجة[٥٤].

وذهب بعض المحدثين أيضاً إلى حل القروض الربوية الإنتاجية والتي يقترضها الموسرون ويوظفونها في مشروعات إنتاجية، وذلك لأن المصلحة المترتبة على هذه القروض أعظم من مفسدة الربا وهذه المصلحة في[٥٥]:

١ - توظيف الأموال في مشروعات إنتاجية مما يزيد الدخل القومي.

٢ - فتح أبواب العمل أمام العمال، مما يزيد من دخل أسرهم.

٣ - استفادة كل من المقرض والمقترض.

وهذه الفوائد مجتمعة تعارضها مفسدة واحدة هي مفسدة الربا، لذا يجب مراعاة هذه المصلحة وذلك بإباحة الفوائد المصرفية الربوية.

كما ذهب البعض إلى أن الربا المحرم هو الذي يستغل فيه حاجة الفقير على معنى

أنهم يعللون تحريم الربا بالحاجة، فطالما أنه لا استغلال لحاجة الفقير فلا تحريم[٥٦].

وبعد هذه هي أدلة المبيحين للربا من قال منهم باستثناء القروض الإنتاجية من أصل التحريم عملاً بالمصلحة كما فعلت المحكمة العليا في أبوظبي، أو من جعل التحريم قاصراً على القروض الاستهلاكية فقط، لأن علة التحريم لا وجود لها في القروض الإنتاجية أو من وازن بين المصلحة المترتبة على القروض والمفسدة المترتبة على الربا فترجح عنده جانب المصلحة على جانب المفسدة فأباح الربا.

مناقشة هذه الآراء:

ونستطيع أن نناقش هؤلاء جميعاً من ثلاثة أوجه، الوجه الأول يدور حول اعتبار المصلحة دليلاً من أدلة الأحكام، والوجه الثاني يدور حول المصالح التي تعارض مفسدة الربا والوجه الثالث حول علة الربا.

الوجه الأول:

أما الوجه الأول فهو أن المصلحة كمصدر من مصادر الأحكام مشروطة بشروط كثيرة بينها علماء أصول الفقه ولم يراعها أولئك الذين يستندون إليها في إباحة ربا القروض الإنتاجية.

وأول هذه الشروط هو أن مجال عمل المصلحة عند فقدان دليل من نص أو إجماع أو قياس، فإذا وجد أحد هذه الأدلة فلا مجال للعمل بالمصلحة. ومسألة الربا لم تعدم نصاً، وإنما هناك نصوص كثيرة من القرآن والسنة فضلاً عن إجماع الأمة على تحريمه.

ثم إن النصوص التي حرمت الربا جاءت عامة غير مخصصة بنوع دون نوع ولا دليل على تخصيصها بالربا في القروض الاستهلاكية دون الربا في القروض الإنتاجية والمصلحة لا تنتهض دليلاً مخصصاً.

وثاني هذه الشروط ألا تصطدم المصلحة بنص على معنى ألا يكون هناك من النصوص ما يلغي اعتبار هذه المصلحة، والنصوص المحرمة للربا ألغيت المصلحة المترتبة على التعامل به ومعنى هذا أن إثم الربا أكبر من نفعه. بل إن هناك نصاً صريحاً يلغي اعتبار هذه المصلحة التي أشار إليها أصحاب هذا الرأي ألا ترى إلى قول الله تبارك وتعالى ﴿إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا، وإن خفتم عيلة فسوف يغنيكم الله من فضله﴾[٥٧].

فهذا النص القرآني الكريم حرم دخول المشركين مكة، ولو كان دخولهم للتجارة (التي هي حلال)، ومعلوم أن التجارة تزيد الدخل القومي، وتفتح أبواب العمل بل ذهب النص إلى أكثر من هذا بأن قرر بأنه لا يجوز للمسلمين أن يسمحوا للمشركين بالدخول خوفاً من الفقر، لأن الرزاق هو الله: (وإن خفتم عيلة فسوف يغنيكم الله من فضله).

وإذا كان النص القرآني يحرم ما كان حلالاً ومؤدياً إلى مصالح جمة، فلا يجوز لنا أن نبيح ما كان حراماً في أصله وإن أدى إلى مصلحة في نظرنا، لأنه في نظر الشارع يؤدي إلى مفاسد.

الوجه الثاني:

أما الوجه الثاني فهو أن أصحاب هذا الاتجاه (المبيح للربا في القروض الإنتاجية) عدوا الربا مفسدة واحدة تعارضها مصالح جمة، وهذه مغالطة فإن الربا يترتب عليه مفاسد كثيرة تفوق المصالح المترتبة عليه.

ومن هذه المفاسد:

١ - إن المقترض بالربا، لابد وأن يضيف فائدة القرض إلى تكاليف الإنتاج الأمر الذي يؤدي إلى غلاء أسعار السلع التي أنتجها، وفي هذه الحالة فإن الذي يدفع هذه التكاليف هو المجتمع المستهلك لا المقترض.

٢ - إن ارتفاع أسعار السلع قد يؤدي إلى قلة الطلب عليها فيبقى فائض من المنتجات بغير تصريف مما يسبب نتائج اقتصادية خطيرة، فقد يلجأ المنتجون حينئذ وفي سبيل تخفيض الأسعار إلى تخفيض أجور العمال أو الاستغناء عن البعض مما يترتب عليه انحسار القوة الشرائية وبالتالي مزيد من فائق المنتجات.

٣ - إن الفائدة الربوية تسخر العمل لخدمة رأس المال دائماً وأبداً، فالمدين يضمن الفائدة للمرابي صاحب رأس المال الذي يكسب دائماً، في الوقت الذي يكون فيه المنتج معرضاً للربح والخسارة (وما تدري نفس ماذا تكسب غداً).

وإذا كان أصحاب رؤوس الأموال المرابون يكسبون دائماً والمقترضون قد يكسبون وقد يخسرون فالأموال سوف تتركز في أيدي طائفة واحدة هم طائفة المرابين وذلك على عكس الهداية القرآنية التي فرضت تداول الأموال بين الناس: «كيلا يكون دولة بين الأغنياء منكم».

٤ - إن تركيز المال في أيدي هذه الفئة التي لا يهمها ترشيد الاستثمار في مشروعات نفيد المجتمع، لأنهم لا يبحثون إلا عن المشروعات التي تدر عليهم ربحاً فاحشاً سريعاً بصرف النظر عما يعود على المجتمع من منافع أو مضار. إن تركيز المال في أيدي هذه الفئة يجعل لهم السيطرة على الاقتصاد فيكون باقي أفراد المجتمع في خدمتهم مما يؤدي إلى تفاوت صارخ بين الأغنياء المرابين الذين تحجرت قلوبهم فيزدادون غنى وبين الفقراء الذين يزدادون فقراً مما يؤدي إلى قطع صلاة الود والرحمة بين الناس.

هذه بعض مضار الربا وغيرها كثير، بل إننا نجد بعض أساتذة الاقتصاد الغربيين الذين نشأوا في ظل النظام الربوي نجدهم يعيبون هذا النظام بل إن منهم من ينادي بجعل الفائدة صفرا، وحتى من ينادي بتقليل نسبة الفائدة فهو اعتراف منه بمضار الفائدة[٥٨].

وإذا كانت هذه هي مضار الربا، فيتبين لنا أن إثمه أكبر من نفعه، وإن المصلحة المترتبة عليه أقل من المفاسد التي يجلبها، ودفع المفسدة أولى من جلب المصلحة وهذا عكس ما ذهب إليه مبيحو الربا.

ومن جهة أخرى فإن الخطأ الذي وقع فيه أصحاب هذا القول حينما رجحوا المصلحة المترتبة على القرض على مفسدة الربا، من حيث المقارنة بين المصلحة وبين السبب المؤدي إلى المفسدة فظهر عندهم أن هناك مصالح جمة أمام مفسدة واحدة. وكان يجب عليهم حين المقارنة أن يقارنوا بين المفاسد المترتبة على القرض والمصالح المترتبة عليه كما فعلنا.

الوجه الثالث:

إن تعليل حرمة الربا بالحاجة تعليل خاطىء من حيث أن الحاجة أمر مضطرب تختلف من شخص لآخر، ومن زمن لآخر، ومن مكان لآخر، ألا ترى أنه قد يكون موسراً بامتلاكه العقارات والأصول الثابتة في مشروع من المشروعات لكن تنقصه السيولة المالية فهو في حاجة، وقد لا يحصل على قوت يومه إلا بمشقة وعنت فهو في حاجة، وثمة فرق بين حاجة هذا وذاك، وإذا كانت الحاجة أمراً مضطرباً فلا تبنى عليها الأحكام بل تبنى على الأمر المنضبط الذي يتضمنها كالمشقة فهي أمر مضطرب، ولم بين الشارع عليها حكماً وإنما بنى على ما يتضمنها وهو السفر.

ثم إن الفقهاء حينما عللوا حرمة الربا إنما عللوها بما فيها من حكمة مركبة من الحاجة والجانب الاجتماعي والاقتصادي والأخلاقي، فإذا أردنا أن نبني عليها حكماً - مع أنها حكمة - وليست علة - فليبن الحكم عليها مجتمعة وليس على أحدها منفرداً. فبطل التعليل بالحاجة فقط.

سادساً: الذرائع:

الذرائع هي الوسائل التي يتوصل بها إلى الأشياء، والمقصود بالذرائع هنا الوسائل التي تفضي إلى المقصود بالحكم، فهناك وسائل تفضي إلى مصالح، وأخرى تفضي إلى مفاسد. والوسائل المفضية إلى المصالح قد تكون في حقيقتها مصلحة مؤدية إلى مصلحة كالسعي الواجب للجمعة، والحج، وكالكسب الحلال المؤدي إلى دفع غائلة الجوع، والوسيلة هنا تأخذ حكم المقصد فوسيلة الواجب واجبة والوسيلة المؤدية إلى مندوب تكون مندوبة. وهكذا. وقد تكون الوسيلة مفسدة وإن أدت إلى مصلحة كقطع اليد فإنها مفسدة لكنها مؤدية إلى حفظ الأموال.

أما الوسائل المفضية إلى مفاسد فهي نوعان:

النوع الأول : وسائل في حقيقتها مفاسد وتؤدي إلى مفاسد ، وهذا النوع متفق على منعه ، ويحرم أو يكره بمقدار ما يحقق من مفسدة فشرب الخمر حرام وهو مفضي إلى فساد العقول .

النوع الثاني : وسائل هي في حقيقتها مصالح لكنها تؤدي إلى مفسدة وهذا النوع هو المعني عند الفقهاء عندما يتحدثون عن سد الذرائع .

تعريف سد الذرائع :

سد الذرائع هو حسم مادة وسائل الفساد دفعاً لها[٥٩] .

هذا والذرائع المؤدية للفساد ثلاثة أنواع :

١ - ذرائع مؤدية إلى الفساد قطعاً كحفر بئر خلف باب دار في طريق مظلم ، فهو أمر غير مباح ؛ لأنه مؤدي إلى مفسدة وإن كان حفر البئر في حقيقة أمره عملاً مباحاً .

٢ - ذرائع مأذون فيها لكنها نادراً ما تؤدي إلى مفاسد كزراعة العنب فنادراً ما تؤدي هذه الزراعة إلى صناعة الخمر فلا تحرم هذه الذريعة .

وهذا النوعان متفق على حكمهما . فالنوع الأول غير جائز باتفاق والثاني جائز باتفاق .

٣ - ذرائع مؤدية غالباً أو كثيراً إلى المفسدة كبيع السلاح وقت الفتن ، وزواج المحلل ، وبيع العينة . وهذا النوع موضع اختلاف بين العلماء فذهب المالكية والحنابلة إلى تحريمه عملاً بالقاعدة القائلة العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني ، وبيانه أن ما يقصد من هذه العقود هو الوصول إلى ما حرم الله ، أو أنها تؤول إلى ما حرم الله ولذلك وجب تحريمها .

أما الشافعي وأبو حنيفة فقد ذهبا إلى جواز هذه العقود ، لأنها استكملت أركانها وشروطها وجدير بالذكر أن هذا الفريق إنما يجوز هذه العقود قضاء لا ديانة ، فإن ظهر من العاقدين ما يوضح إرادتهما من العقد أثناء الانعقاد بطل العقد ، وإن لم يظهر منهما شيء جاز العقد مع الكراهة والله يتولى السرائر .

الأدلة على صحة العمل بسد الذرائع :

يستدل العلماء على قاعدة الذرائع بالاستقراء ، فمن يتبع نصوص الشريعة يجد أن القرآن الكريم ، والسنة المطهرة قد استعملا سد الذرائع حيث وجدت بعض الأحكام مبناها على سد الذرائع ومن ذلك على سبيل المثال لا الحصر :

١ - قول الله تعالى : ﴿ولا تسبو الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم﴾[٦٠] . فنهى الله تعالى عن سب آلهة المشركين مع كونه غيظاً لهم حتى لا يكون ذلك ذريعة لسب الله تعالى .

٢ ـ قول الله تعالى : ﴿ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن﴾[٦١] . فمنع الله تعالى النساء من أن يضربن بأرجلهن حتى لا يكون ذلك سبباً موصلاً لفتنة الرجال » .

٣ ـ قول الرسول ﷺ لعائشة : « لولا أن قومك حديثوا عهد بشرك لهدمت الكعبة وبنيتها على قواعد إبراهيم » فدل الحديث على أن الرسول ﷺ قد امتنع عن هدم الكعبة مع أنها أمراً مباحاً حتى لا يكون ذلك ذريعة لكي يرتد الداخل في الإسلام حديثاً .

من هذا يتضح لنا أن نصوص الشريعة نظرت إلى مآلات الأفعال فسدت الذريعة الموصلة إلى ما فيه مفسدة وإن كانت عملاً مباحاً .

ولقد سارت صحابة رسول الله ﷺ على هذا المنهج فسدوا الذريعة وبنوا عليها الأحكام فحكموا بقتل الجماعة بالواحد حتى لا يسقط حد الله ويباح قتل النفس المعصومة ، كما ورثوا المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت حتى لا يكون ذلك ذريعة لحرمانها من الميراث من غير نكير فكان ذلك إجماعاً . فدل ذلك على صحة العمل بسد الذرائع .

سد الذرائع وبيع العينة :

بيع العينة هو أن يشتري إنسان من آخر سلعة بعشرة دنانير (مثلاً) نقداً ثم يبيعها الآخر له بعشرين إلى أجل ، أو أن يشتريها منه بعشرة إلى أجل ثم يبيعها له بثمانية حالة ، فاستقر الأمر إلى الاقتراض بالربا ، وسمي عينة لأن المدين أعان الدائن على الإقراض بالربا .

ويبحث العلماء هذا الموضوع تحت قاعدة سد الذرائع كما يبحث عند الحديث عن التعارض بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة . فمن أخذ بالإرادة الظاهرة أجاز هذا العقد وذهب إلى هذا الشافعي وأبو حنيفة ، ومن أخذ بالإرادة الباطنة لم يجزه ، وقد ذهب إلى هذا المالكية والحنابلة ، كما حرم بيع العينة محمد بن الحسن من الحنفية[٦٢] .

رأينـــا :

ونختار ما ذهب إليه المالكية والحنابلة من تحريم بيع العينة وحجتنا في ذلك ما روي عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها : أن امرأة كانت أم ولد زيد بن أرقم ، قالت لها : « يا أم المؤمنين ، إني بعت من زيد عبداً إلى العطاء بثمانمائة ، فاحتاج إلى ثمنه فاشتريته منه قبل محل الأجل بستمائة ، فقالت عائشة : « بئسما شريت ، وبئسما اشتريت ، أبلغي زيداً أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ ، إن لم يتب ، قالت : « أرأيت ان تركت وأخذت الستمائة ديناً » ؟ قالت : نعم (فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف) .

وهذا الحديث صريح في تحريم بيع العينة، إذ أن تصريح عائشة ببطلان الجهاد مع رسول الله ﷺ يدل على أنها قد علمت ذلك بنص من الشارع أو استنباطاً منها من الأدلة الدالة للربا.

هذا ومما يدل على صحة قول عائشة أيضا أن هناك أحاديث خاصة في تحريم بيع العينة منها ما رواه أحمد وأبو داود بسندهما عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «إذا ضن الناس بالدينار والدرهم وتبايعوا بالعينة واتبعوا أذناب البقر وتركوا الجهاد في سبيل الله أنزل الله بهم بلاء فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم»[٦٣]. نعم لقد اختلف في هذا الحديث فصححه القطان وقال عنه الحافظ في بلوغ المرام أن رجاله ثقات إلا أنه معلول. غير أن ابن كثير روى هذا الحديث من وجه آخر ضعيف عن عبد الله بن عمرو بن العاص مرفوعاً وإذا كان ذلك كذلك فإن الأحاديث الضعيفة يقوى بعضها بعضاً.

وأياً ما كان الأمر فإن الأدلة العامة الدالة على تحريم الربا إذا أضيف إليها الأدلة العامة على صحة العمل بسد الذرائع يمكننا أن نستنبط تحريم بيع العينة.

سابعاً: القياس وحكم الربا:

القياس هو إلحاق واقعة لا نص فيها بواقعة ورد النص بالحكم فيها لوجود شبه بينهما.

فإذا دل نص على حكم واقعة، ثم عرفت العلة بكونها منصوص عليها أو مستنبطة من النص بطرق الاستنباط، ثم وجدت واقعة أخرى بها نفس العلة فإن المجتهد يحكم بتساوي الواقعتين في الحكم بناء على تساويهما في العلة.

ومن ذلك نهى الله تعالى عن البيع وقت النداء للجمعة بقوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع»[٢]. فمن هذا النص نستنبط أن النهي عن البيع وقت النداء للجمعة معلل بالانشغال عنها فيقاس على البيع كل ما يشغل الإنسان عن الصلاة من إجارة أو رهن أو ما شابه ذلك من أنواع المعاملات.

حجية القياس:

ذهب جمهور العلماء إلى أن القياس حجة شرعية يجب العمل به وخالف في ذلك الظاهرية والنظام وبعض فرق الشيعة وسمي هؤلاء بنفاة القياس.

أدلة الجمهور:

استند جمهور العلماء بالقرآن والسنة وإجماع الصحابة والمعقول.

وهذا الحديث صريح في تحريم بيع العينة، إذ أن تصريح عائشة ببطلان الجهاد مع رسول الله ﷺ يدل على أنها قد علمت ذلك بنص من الشارع أو استنباطاً منها من الأدلة الدالة للربا.

هذا ومما يدل على صحة قول عائشة أيضا أن هناك أحاديث خاصة في تحريم بيع العينة منها ما رواه أحمد وأبو داود بسندهما عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «إذا ضن الناس بالدينار والدرهم وتبايعوا بالعينة واتبعوا أذناب البقر وتركوا الجهاد في سبيل الله أنزل الله بهم بلاء فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم»[٦٣]. نعم لقد اختلف في هذا الحديث فصححه القطان وقال عنه الحافظ في بلوغ المرام أن رجاله ثقات إلا أنه معلول. غير أن ابن كثير روى هذا الحديث من وجه آخر ضعيف عن عبد الله بن عمرو بن العاص مرفوعاً وإذا كان ذلك كذلك فإن الأحاديث الضعيفة يقوى بعضها بعضاً.

وأياً ما كان الأمر فإن الأدلة العامة الدالة على تحريم الربا إذا أضيف إليها الأدلة العامة على صحة العمل بسد الذرائع يمكننا أن نستنبط تحريم بيع العينة.

سابعاً: القياس وحكم الربا:

القياس هو إلحاق واقعة لا نص فيها بواقعة ورد النص بالحكم فيها لوجود شبه بينهما.

فإذا دل نص على حكم واقعة، ثم عرفت العلة بكونها منصوص عليها أو مستنبطة من النص بطرق الاستنباط، ثم وجدت واقعة أخرى بها نفس العلة فإن المجتهد يحكم بتساوي الواقعتين في الحكم بناء على تساويهما في العلة.

ومن ذلك نهى الله تعالى عن البيع وقت النداء للجمعة بقوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع»[٢]. فمن هذا النص نستنبط أن النهي عن البيع وقت النداء للجمعة معلل بالانشغال عنها فيقاس على البيع كل ما يشغل الإنسان عن الصلاة من إجارة أو رهن أو ما شابه ذلك من أنواع المعاملات.

حجية القياس:

ذهب جمهور العلماء إلى أن القياس حجة شرعية يجب العمل به وخالف في ذلك الظاهرية والنظام وبعض فرق الشيعة وسمي هؤلاء بنفاة القياس.

أدلة الجمهور:

استند جمهور العلماء بالقرآن والسنة وإجماع الصحابة والمعقول.

١ ـ القرآن الكريم :

أما القرآن فقد استندوا إلى آيات منها :

١ ـ قول الله تعالى : ﴿فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر[٦٥]﴾ . فهذه الآية الكريم تبين أنه عند اختلاف المسلمين في الحكم أن يرد ما تنازعوا فيه إلى الله والرسول، والرد إلى الله والرسول إنما يكون بالرجوع إلى القرآن والسنة، إما مباشرة وإما بالقياس على ما جاء فيهما .

٢ ـ قول الله تعالى : ﴿فاعتبروا يا أولي الأبصار[٦٦]﴾ . والاعتبار إنما يكون بقياس حال النفس على حال الغير وكذلك إلحاق ما ليس فيه نص بما فيه نص .

٢ ـ السنة :

وأما السنة فقد استندوا إلى ما روي من أن معاذ بن جبل أرسله رسول الله ﷺ إلى اليمن وقال له : «كيف تقضي إذا عرض لك قضاء»؟ فقال أقض بكتاب الله، قال : «فإن لم تجد الحكم في كتاب الله» قال فبسنة رسول الله قال : «فإن لم تجد في سنة رسول الله» قال : «أجتهد رأي ولا آلو». فضرب رسول الله صدره وقال : «الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي الله ورسوله».

ويتبين من هذا الحديث أن رسول الله قد أمر معاذ بن جبل على أن يجتهد رأيه إن لم يجد الحكم في الكتاب والسنة، والاجتهاد هو بذل الجهد للوصول إلى الحكم وهو شامل للقياس .

٣ ـ إجماع الصحابة :

وأما الإجماع فقد ثبت أن صحابة رسول الله ﷺ قد كثر القول منهم بصحة العمل بالقياس، وكذلك قد ثبت أنهم كانوا يقيسون ما ليس فيه نص بما فيه نص من غير أن ينكر عليهم أحد ذلك فكان إجماعاً، وهو أن كان سكوتياً إلا أنه قد تكرر منهم فكان حجة يجب العمل به خاصة وأن صحابة رسول الله كانوا لا يخافون في الله لومة لائم، فلو كان العمل بالقياس غير جائز لا نكروه على من عمل به .

أما قولهم بالقياس فقد ثبت أن أبا بكر قال في الكلالة : «أقول فيها برأيي» والرأي عندهم هو القياس[٦٧] . وقال عمر لأبي موسى الأشعري : «اعرف الأشباه وقس الأمور برأيك .

أما عملهم بالقياس فقد قاسوا خلافة أبي بكر على إمامته للصلاة حتى قالوا : رضيه رسول الله لديننا أفلا نرضاه لدنيانا . وقاس أبن عباس الجد على ابن الابن في حجب الأخوة .

وهذه بعض الأمثلة، ومن أراد المزيد فليرجع إلى ما كتبه ابن القيم في إعلام الموقعين

عن فتاوى الصحابة وعملهم بالقياس[٦٨]. وإذا ثبت هذا دون أن ينكر عليهم أحد فيكون إجماعاً على صحة العمل بالقياس.

٤ ـ المعقــول :

وأما المعقول فقد استندوا إلى أدلة منها :

١ ـ إن القياس إذا لم يكن جائزاً لما جاز استعماله في القرآن والسنة، ويعني ذلك أن استعمال القرآن والسنة للقياس دليل على جواز التمسك به. ولقد ثبت أن القرآن الكريم استعمل القياس، وذلك في قول الله تعالى : «قل يحييها الذي أنشأها أول مرة» فقد قاس القرآن الكريم إعادة الحياة للأنفس بعد إماتتها على بدء خلقها وإنشائها أول مرة فمن قدر على بدء خلق الإنسان لقادر على أن يعيده مرة أخرى بل الإعادة أهون عليه.

ولقد استعمل الرسول ﷺ القياس أيضاً فقد ورد أن جارية قالت : «يا رسول الله إن أبي مات ولم يحج، فإن حججت عنه أينفعه ذلك»؟ فقال لها : «أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته أكان ينفعه ذلك»؟ قالت : نعم فقال : «فدين الله أحق أن يقضى»[٦٩]. فقاس دين الله على دين العباد وهناك أحاديث أخرى تدل على أن الرسول ﷺ قد استعمل القياس.

فإذا ثبت أن القرآن والسنة قد استعملا القياس، فدل ذلك على جواز التمسك به.

٢ ـ إن الله تعالى لم يشرع الأحكام إلا لمصلحة، فمصالح العباد هي مقصود الشارع من شرع الأحكام، فإذا وجد أن حكماً ما معللاً بعلة ما ثم وجد نظير هذه العلة في واقعة أخرى لظن الإنسان حكم هذه الواقعة هو نفسه الحكم المنصوص عليه. وهذا هو القياس بعينه.

شبه نفاة القياس :

ولقد استند نفاة القياس إلى شبه ظنوها أدلة منها :

١ ـ القياس مبني على الظن، وكل ما بني على الظن باطل لقول الله تعالى : «ولا تقف ما ليس لك به علم»[٧٠]. وقوله : «إن الظن لا يغني من الحق شيئاً»[٧١].

وهذه شبهة واهية لأن الظن المنهي عنه إنما هو الظن بلا دليل، فإذا كان ظناً مستندا إلى دليل فليس باطلاً ويؤيد ذلك قول الله تعالى : «إن بعض الظن إثم»[٧٢]. فيكون البعض الآخر ليس بآثم، ثم إن هناك أدلة من القرآن كالمشترك اللفظي، ومن السنة كخبر الواحد فإنها لا تفيد إلا الظن ويجب العمل بها باتفاق.

٢ ـ ومن شبههم ان القياس يؤدي إلى الخلاف والمنازعة والله تعالى قد نهى عن ذلك ألا ترى إلى قول الله تعالى : ﴿ولا تنازعوا﴾[٧٣]. ويجاب عن ذلك بأن المنهي عنه

في الآية الكريمة إنما هو النزاع في الحروب بدليل قول الله بعد ذلك «فتفشلوا وتذهب ريحكم» (أي قوتكم). ثم إن هناك أدلة قد تؤدي إلى الخلاف لاحتمالها أكثر من معنى فالمشترك اللفظي وما إلى ذلك؛ ومع هذا يجب العمل بها.

والقياس إن أدى إلى الخلاف فيجب الترجيح بين الأقيسة المتعارضة.

٣ ـ ومن شبههم أيضاً ما نقلوه عن بعض صحابة رسول الله من أنهم أنكروا العمل بالقياس فقد روي عن أبي بكر قوله: «أي سماء تظلني وأي أرض تقلني إذا قلت في كتاب الله برأي» والرأي هو القياس، وهذا هو عمر يقول: «إياكم وأصحاب الرأي فإنهم أعداء السنن أعيتهم الأحاديث أن يحفظوها فقالوا بالرأي فضلوا وأضلوا».

ويجاب عن ذلك بأن الذين ذموا العمل بالقياس هم الذين عملوا؛ به فيجب الجمع بين الروايتين؛ فيحمل عملهم بالقياس على القياس الصحيح وذمهم على القياس الفاسد.

وبعد فهذه أدلة المجيزين للقياس والنافين له وقد ظهر لنا قوة أدلة القائلين بالقياس.

أركان القياس:

كل قياس يتكون من أركان أربعة هي:

١ ـ الأصل وهو ما ورد في شأنه نص ويسمى المقيس عليه.

٢ ـ الفرع وهو ما ليس فيه نص، ويراد تسويته بما فيه نص.

٣ ـ حكم الأصل وهو الحكم الشرعي الذي ورد ره النص.

٤ ـ العلة وهي الوصف الجامع بين الأصل والفرع والذي بني عليه الحكم، وبناء على وجوده في الفرع يسوى بالأصل في حكمه.

ويشترط في هذه العلة أن تكون متعدية على معنى أنها لا تختص بالأصل فقط بل توجد في الفرع أيضاً، وأن تكون العلة معقولة المعنى.

كما يشترط في حكم الأصل أن يكون ثابتاً بنص أو إجماع.

الطرق المثبتة للعلية[٧٤]:

١ ـ أن ينص عليها صراحة بلفظ يدل على التعليل كأن يقال هذا الحكم معلل بكذا، أو لحكمة كذا.

٢ ـ أن يربط الشارع بين وصف وحكم فيعلم أن هذا الوصف هو العلة في هذا الحكم وهو ما يسمى بالإيماء أي إشارة النص إلى العلة. وذلك كقول الله تعالى: ﴿السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾[٧٥] فقد فرق الله تعالى بين وجوب القطع وبين لفظ السارق فدل ذلك على أن السرقة هي العلة في القطع.

الإجمـــاع :

وهو أن يتفق المجتهدون في عصر من العصور على علية وصف لحكم شرعي ومثال ذلك إجماعهم على أن علة الولاية المالية على الصغيرة هي الصغر . والمقصود بالإجماع هنا إجماع القائسين .

٤ ـ السبر والتقسيم :

ومعناه أن يجمع المجتهد الأوصاف التي يظن أنها علة ويسبرها أي يختبرها فيستبعد ما لا يصلح للعلية ويستبقى ما يصلح حسب رجحان ظنه ، مستهدياً في ذلك بالشروط التي يجب توافرها في العلة بحيث لا يستبقى إلا وصفاً ظاهراً منضبطاً ومعتبراً بأي نوع من أنواع الاعتبار ، بمعنى أن تجري الأحكام على فقه لا على خلافة . وأن يكون مناسباً على معنى أنه عند ربط الحكم يصلح لأن يحقق مقصداً من مقاصد الشريعة أي يحقق مصلحة قصدها الشارع .

وبعد فهذه طرق العلة أشرنا إليها إشارة عابرة ومن أراد المزيد فليرجع إلى ما كتبه الأصوليون في هذا المجال وإلى رسالتنا « الطرق المثبتة للعلية » . وفي هذا القدر ما يكفينا لكي نبني عليه حكم الربا في بعض صوره والتي تبنى على القياس .

حجية القياس والربا في غير الأشياء الستة :

يرى فريق من العلماء وعلى رأسهم الظاهرية عدم إجراء القياس على الأشياء الستة الواردة في أحاديث ربا الفضل ، وذلك تأسيساً على نفيهم القياس وقد نقل ابن حزم هذا الرأي عن طاووس وقتادة وعثمان البتي وأبو سليمان[٧٦] .

ويضيف ابن حزم إلى أدلته الخاصة بنفي القياس دليلاً خاصاً بهذه المسألة وهو قول الله تبارك وتعالى : ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم﴾[٧٧] . ووجه أن ما فصل الله لنا بيانه على لسان رسوله عليه السلام من الربا أو من الحرام فهو ربا وحرام ، وما لم يفصل لنا تحريمه فهو حلال[٧٨] .

رأينـــا :

ونرى أن هذه الآية الكريمة إنما هي في تحريم المأكولات بدليل السياق ، يقول الحق تبارك وتعالى : ﴿وما لكم ألا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ، وقد فصل لكم ما حرم عليكم ، إلا ما اضطررتم إليه﴾ ، وهي واضحة في تفصيل ما حرم الله من المطعومات[٧٩] . فلا دلالة لهذه الآية على تحريم القياس على الأشياء الستة . ثم إن قول الرسول ﷺ « ما وزن مثل بمثل » .. يعمم حكم الربا بالنص[٨٠] .

الربا في الأوراق النقدية :

جرياً وراء ابن حزم، يرى بعض المحدثين أن الأوراق النقدية المصنوعة من ورق خاص، والمتداولة الآن بين الناس في كل بلدان العالم لا يجري فيها حكم الربا(٨١). على معنى أنها لا تعد من الربويات، فيمكن إقراضها بفائدة ولا تقاس على الأشياء الستة والواردة في أحاديث ربا الفضل شأنها في ذلك شأن الأرز والتفاح وكل شيء خلا الأشياء الستة والتي هي الذهب والفضة، والبر والشعير والتمر، والملح.

ويجاب عن هذا الرأي بأن ما استند إليه النافون للقياس إنما هي شبه واهية مردود عليها هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن التبادل بين الناس اليوم إنما هو حاصل بالأوراق النقدية التي حلت محل الذهب والفضة، فأصبحت بدائل عنه وحكم النائب أن يأخذ حكم الأصيل فإذا كانت الأوراق النقدية نائبة عن الذهب والفضة فتأخذ حكمها فيجري فيها الربا.

العلة القاصرة وأثرها في حكم الربا في الأوراق النقدية :

ذهب بعض القائلين من المحدثين والذين يبيحون الربا إلى أن الأوراق النقدية لا يمكن قياسها على الذهب والفضة، وذلك لأن قول الرسول ﷺ : «الذهب بالذهب والفضة بالفضة وزناً بوزن... إلخ». معلل بعلة قاصرة لا يمكن تعديتها إلى غير الذهب والفضة وهي كونها ثمناً للأشباه، وقد حصر هؤلاء الثمنية في الذهب والفضة.

ويمكن أن نناقش هؤلاء بأن الأوراق النقدية اليوم تعتبر أثماناً للأشياء فيجري عليهما ما يجري على الذهب والفضة قياساً عليهما.

وإذا سلمنا بأن الأوراق النقدية ليست أثماناً للأشياء وإنما الثمنية مقصورة على الذهب والفضة فقط، فإن الأوراق النقدية في هذه الحالة تعتبر سندات على الدولة بقيمتها من العملات الذهبية تخول لصاحبها أن يتعامل بها نيابة عن الذهب والفضة، ولابد للنائب أن يأخذ حكم الأصيل؛ خاصة وأن التعامل اليوم إنما هو بهذه الأوراق في جميع بلدان العالم، وأصبح الذهب والفضة يشتريان بهذه الأوراق ولا نكاد نرى من يبيع البر بالبر أو الشعير بالشعير، بل أصبح التعامل كله عن طريق الأوراق النقدية، والقول بإباحة الربا فيها إنما يعطل نصوص القرآن والسنة المحرمة للربا.

الأوراق النقدية وقياسها على الفلوس :

ذهب المبيحون للربا في الأوراق النقدية إلى قياسها على الفلوس المأخوذة من معادن أخرى غير الذهب والفضة كالنحاس والقصدير. فكما أن الفلوس يجوز فيها الربا حتى ولو راجت رواج الذهب والفضة كما يرى الشافعية فيقاس عليها الأوراق النقدية؛ لأنها ليست من الذهب والفضة(٨٢).

رأينـــا :

ونرى أن هذا القياس فاسد من وجهين :

الأول : إن هذا القياس قد خلا عن شرط من الشروط المتفق عليها وهو أن يكون حكم الأصل ثابتاً بنفسه بنص أو إجماع، وحكم الفلوس لم يثبت بنص، وليس هو حكماً مجمعاً عليه، بل هو مختلف فيه، فلا يجوز القياس عليه.

الثاني : أننا لو سلمنا بصحة الحكم في الفلوس وأجزنا فيها الربا، فإنه أيضاً لا يمكن قياس الأوراق النقدية عليها وذلك لفقدان العلة الجامعة بين الأصل والفرع، وذلك لأن العلة في إباحته الربا في الفلوس هي حقارتها وضعف ماليتها فكم يساوي الفلس بالنسبة للدرهم والدينار، فلحقارت الفلوس أجاز العلماء فيها الربا، وذلك لأن الأشياء الحقيرة عادة يتسامح فيها، ولذا نجد هذا المعنى عند الحنفية الذين أجازوا بيع حفنة بحفنتين من الأموال الربوية.

أما الأوراق النقدية فهي قائمة مقام الذهب والفضة فتلحق بهما ولا تلحق بالفلوس.

العلة في غير الذهب والفضة من الأشياء الستة :

سبق وأن بينا أن الايماء من الطرق الدالة على العلة والإيماء هو أن يقرن الشارع بين وصف وحكم، فنفهم أن هذا الوصف هو العلة في هذا الحكم، وهذا الطريق هو من الطرق المجمع عليها عند القائلين بالقياس.

ومع هذا فقد اختلف العلماء في علة الربا في الأشياء الستة الواردة في أحاديث ربا الفضل.

فذهب الشافعية في غير الذهب والفضة هي اتحاد الجنس وكون هذه الأشياء من المطعومات فيتعدى الربا إلى كل مطعوم[٨٣].

وذهب مالك إلى أن العلة هي اتحاد الجنس مع كون هذه الأشياء من المقتات المدخر فيتعدى الحكم عنده إلى كل ما يقتات به ويدخر كالزبيب[٨٤].

أما أبو حنيفة فالعلة عنده هي اتحاد الجنس مع كون هذه الأشياء تكال أو توزن[٨٥]. ويظهر من هذا أن العلة مركبة من أشياء اتفق على أحد أجزائها وهو اتحاد الجنس واختلف في باقي الأجزاء، ويستدل على ما اتفق عليه بقول الرسول ﷺ : «فإذا اختلفت الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد». فربا الفضل معلل بعلة مركبة من اتحاد الجنس والكيل أو الوزن كما يقول الحنفية أو القوت والادخار كما يقول المالكية أو الطعم كما يقول الشافعية ولكل وجهة وقد يستند الجميع إلى الأيماء وبيان ذلك كما يلي :

يقول الرسول ﷺ : «ما وزن مثلاً بمثل إذا كانا نوعاً واحداً، وما كيل فمثل ذلك فإذا اختلف النوعان فلا بأس به» رواه الدارقطني[٨٦].

ويظهر من هذا الحديث أن الرسول ﷺ قرن بين الحكم وبين الكيل أو الميزان فيظهر من ذلك أن الكيل والميزان علة في تحريم التفاضل فيلحق بالاشياء الستة كل ما يوزن أو يكال وهذا ما ذهب إليه الحنفية.

وهو ما ذهب إليه العترة جميعاً[٨٧].

أما الشافعية فيؤيد نظرتهم قول الرسول ﷺ «الطعام بالطعام مثلاً بمثل» فقد فرق بين الحكم وصفة الطعم فعلم أن الطعم علة التحريم.

أما المالكية فعلتهم الادخار كما في الموطأ أو الادخار والاقتيات كما قال البغداديون[٨٨]. والعلة عندهم مستنبطة. يرون أن الشارع الحكيم عدد ستة أشياء للتنبيه على ما في معناها وهذه الأشياء الستة إنما يجمع بينها الاقتيات والادخار، أما البر فنبه به على أصناف الحبوب المدخرة، ونبه بالتمر على جميع الحلاوات المدخرة كالتين والزبيب ونبه بالملح على التوابل، ثم إن الشارع إنما قصد من تحريم الربا أن لا يغبن بعض الناس بعضاً وأن تحفظ أموالهم، فواجب أن يكون ذلك في أصول المعايش وهي الأقوات[٨٩]. مع ملاحظة أنهم في استنباطهم إنما يعتمدون على الإيماء.

هذا ولم نر من العلماء القدامى من جعل العدد جزءاً من العلة ويفهم من كلام صاحب نيل الأوطار[٩٠] أنه يصلح علة وهو ما نراه ونرجحه خاصة وأنه في هذه الأيام نجد الدنانير والدراهم تصدر عن هيئات معتبرة كمصلحة سك النقود، وغيرها التي تصدر دنانير ذات وزن واحد فإذا كانت كذلك فيصبح أن يعتبر العدد قائماً مقام الوزن وقد يؤيد هذا قول الرسول ﷺ: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين».

وهذا الرأي الذي يقول به إنما يتمشى مع اعتبار الربا في النقود الورقية[٩١] وذلك لأنها ذات قيمة واحدة في الصنف الواحد، والقيمة الواحدة هي المرادة أصلاً فهي الحكمة التي يدل عليها الوزن أو الكيل فيقوم العدد مقام الوزن. والله أعلم بالصواب.

هذا ونكتفي بهذا القدر وأشير في النهاية إلى أنني قصدت أن أجمع بين علم أصول الفقه وبين المسائل الفقهية ويا حبذا لو أن دراسة أصول الفقه في كليات الشريعة وكليات الحقوق تنتهج الجمع بين الأصول والفقه ليسهل على الطالب دراسة هذا العلم وليسهل عليهم تطبيقه في الوقائع والحوادث. والله أسال أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم.

الهوامش

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/٣٥٨، أحكام القرآن لابن العربي ١/٢٤١ وما بعدها.
(٢) أحكام القرآن للجصاص ١/٤٦٤، التفسير الكبير للرازي ٧/٩٢، ٩٣. كشف الأسرار ١/٣٠٨.
(٣) أصول السرخس ١/١٦٨، كشف الأسرار ١/٥٤.
(٤) فصلت : ٣٩.
(٥) سبل السلام ٣/٦٩، ٧٠. وعلى هذا يكون قول الله تعالى بعد هذه الآية : «وأكلهم أموال الناس بالباطل» من قبيل عطف الخاص على العام وقد استعمل كثيراً في القرآن.
(٦) النساء : ١٦١.
(٧) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/٣٥٦.
(٨) التفسير الكبير ٧/٨٦.
(٩) التفسير الكبير ٧/٨٦.
(١٠) المنهاج للقاضي البيضاوي ٢/١٢٣.
(١١) أحكام القرآن لابن العربي ١/٢٤١.
(١٢) نيل الأوطار ٥/٣٠٣.
(١٣) يعني إذا بيع الشيء بغير جنسه.
(١٤) أحكام القرآن لابن العربي ١/٢٤١.
(١٥) أحكام القرآن لابن العربي ١/٢٤٣.
(١٦) آل عمران : ١٣٠.
(١٧) أحكام القرآن للجصاص ١/٤٦٤.
(١٨) التفسير الكبير للفخر الرازي ٧/٩١ وما بعدها.
(١٩) التفسير الكبير للرازي ٧/٩١ وما بعدها.
(٢٠) صحيح مسلم بشرح النووي هامش إرشاد الساري ٧/١٨.
(٢١) صحيح مسلم بشرح النووي هامش إرشاد الساري ٧/١١.
(٢٢) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية د. سامي حمود ٩٩، ١٠٠.
(٢٣) نيل الأوطار ٥/٢٩٨، صحيح مسلم بشرح النووي ٧/٢٠ هامش إرشاد الساري وانظر إرشاد الساري للقسطلاني ٤/٨١.

(٢٤) نيل الأوطار ٥/٢٩٩.

(٢٥) المحلي لابن حزم ٨/٤٨٢، ٤٨٣.

(٢٦) وعرفه البيضاوي بأنه: اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد ﷺ: على أمر من الأمور. المنهاج ٢/٢٧٣.

(٢٧) رواه ابن ماجه والدارمي.

(٢٨) رواه الترمذي والنسائي.

(٢٩) رواه ابن ماجه في مسنده من أنه مرفوعاً.

(٣٠) الإجماع بين النظرية والتطبيق د. أحمد محمد ١٠٦.

(٣١) رواه النسائي والطبراني، وروى الترمذي عن ابن عمر (يد الله على الجماعة) جامع الأصول ١٠/١٢٦.

(٣٢) رواه ابن ماجه مرفوعاً.

(٣٣) البقرة: ٢٧٩.

(٣٤) نيل الأوطار ٥/٢٩٧.

(٣٥) رواه البخاري وأحمد. نيل الأوطار ٥/٢٩٧.

(٣٦) نيل الأوطار ٥/٣٠٣. والجنيب بفتح الجيم وكسر النون الطيب، والجمع التمر المختلط بغيره.

(٣٧) مفهوم المخالفة هو دلالة المنطوق للمسكوت عنه المخالف له في الحكم.

(٣٨) المنهاج لنقاضي البيضاوي ٣/١٤٩ وما بعدها.

(٣٩) المنهاج للبيضاوي ٣/١٥٩ وما بعدها.

(٤٠) قول الرسول ﷺ (لا ربا) ينفي الربا بمنطوقه عن جميع أنواع البيوع، وقوله (إلا في النسيئة) يثبته في النسيئة فقط.

(٤١) نيل الأوطار ٥/٢٩٩.

(٤٢) المرجع السابق ٥/٢٩٩.

(٤٣) نقله صاحب نيل الأوطار ٥/٢٩٩.

(٤٤) المنهاج للبيضاوي ١٦٣.

(٤٥) المرجع السابق ٣/١٦٥.

(٤٦) المسألة خلافية بين العلماء راجع تفصيلها في كتابنا تفسير النصوص ص ١٣٣ وما بعدها.

(٤٧) رواه مسلم عن عائشة.

(٤٨) إرشاد الفحول ١١١.

(٤٩) رواه مسلم راجع مسلم بشرح النووي هامش إرشاد الساري ٧/١٩.

(٥٠) المستصفي ١/٢٨٦.

(٥١) المستصفي ١/٢٨٦.

(٥٢) راجع هذا الموضوع في كتابنا مصادر التشريع الإسلامي (الأدلة المختلف فيها).

(٥٣) ضوابط المصلحة للبوطي.

(٥٤) راجع مقالنا الضرورة وحرمة الربا في مجلد الاقتصاد الإسلامي المجلد الثالث ص ١٦٢.

(٥٥) الأسس الاقتصادية التي تقوم عليها المصارف د. عبد الجليل عيسى بحث منشور في كتاب المؤتمر السابع لمجمع البحوث الإسلامية لسنة ١٩٧٢ ص ٦٧.

(٥٦) انظر محاضرات دكتور أحمد شلبي في المركز الثقافي في أبوظبي.

(٥٧) التوبة : ٢٨.

(٥٨) مجلة الاقتصاد الإسلامي المجلد الثاني العدد ١٤ ص ٢٦.

(٥٩) الفروق للقرافي ٣٢/٢.

(٦٠) الأنعام : ١٠٨.

(٦١) النور : ٣١.

(٦٢) بداية المجتهد ١٤٠/٢ وما بعدها.

(٦٣) نيل الأوطار ٣١٨/٥.

(٦٤) الجمعة : ٩.

(٦٥) النساء : ٥٩.

(٦٦) الحشر : ٢.

(٦٧) المنهاج للقاضي البيضاوي وشرح الأسنوي ١٣/٣، ١٤.

(٦٨) إعلام الموقعين ٢٤٤/٢ وما بعدها.

(٦٩) روي هذا الحديث بروايات متعددة اختلف فيها عن السائل هل هو رجل أم امرأة، وهل تحج عن أبيها أم أمها انظر نيل الأوطار ٩/٥ وما بعدها.

(٧٠) الإسراء : ٣٦.

(٧١) النجم : ٢٨.

(٧٢) الحجرات : ١٢.

(٧٣) الأنفال : ٤٦.

(٧٤) راجع رسالتنا في (الطرق المثبتة للعلية).

(٧٥) المائدة : ٣٨.

(٧٦) المحلي ٤٦٨/٨.

(٧٧) الأنعام : ١١٩.

(٧٨) المحلي ٤٦٨/٨.

(٧٩) غرائب القرآن ورغائب الفرقان للنيسابوري هامش جامع البيان ٩/٨، ١٠.

(٨٠) نيل الأوطار ٣٠٠/٥.

(٨١) مجلة الشريعة والقانون جامعة صنعاء العدد الأول للسنة ١٩٧٨ ص ٥٤. وانظر بحوث في الاقتصاد الإسلامي د. أحمد صفي الدين عوض ٥٤.

(٨٢) مجلة الشريعة والقانون جامعة صنعاء العدد الأول السنة الأولى ٥٤ وما بعدها.

(٨٣) منهاج الطالب في المقارنة بين المذاهب د. عبد السميع أحمد إمام ١١٣.

(٨٤) الشرح الصغير ٧٣/٣.

(٨٥) فتح القدير ٣/٧.

(٨٦) نيل الأوطار ٣٠٠/٥.

(٨٧) نيل الأوطار ٣٠٣/٥.

(٨٨) بداية المجتهد ١٣١/٢.

(٨٩) بداية المجتهد ١٣١/٢.

(٩٠) نيل الأوطار ٣٠٧/٥ .

(٩١) المراد هنا النقود الورقية ذات الفئة الواحدة فعند التساوي في العدد تكون متساوية أيضاً في قيمتها . أما إذا اختلفت الفئة فينظر إلى التساوي في القيمة .

مراجع البحث

١ - القرآن الكريم.
٢ - تفسير النيسابوري.
٣ - تفسير الطبري.
٤ - تفسير ابن العربي.
٥ - تفسير الجصاص (أحكام القرآن).
٦ - إرشاد الشاري شرح البخاري للقسطلاني.
٧ - صحيح مسلم بشرح النووي. هامش إرشاد الساري.
٨ - نيل الأوطار للشوكاني.
٩ - سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعاني.
١٠- المحصول للفخر الرازي.
١١- المنهاج للقاضي البيضاوي مع شرح الأسنوي.
١٢- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد.
١٣- إعلام الموقعين لابن القيم.
١٤- المحلي لابن حزم.
١٥- الشرح الصغير للدردير.
١٦- فتح القدير لابن الهمام.
١٧- منهاج الطالب في المقارنة بين المذاهب د. عبد السميع أحمد إمام.



البحوث والدراسات القانونية



نظام التأمين في دولة الإمارات العربية المتحدة

«بقلم»

الأستاذ الدكتور / فتحي عبد الرحيم عبد الله*

(* أستاذ ورئيس قسم القانون المدني كلية الحقوق جامعة المنصورة، معار لجامعة الإمارات كلية الشريعة والقانون ويشغل وظيفة رئيس قسم القانون بالكلية وله العديد من المؤلفات في القانون المدني والقانون القارن.

حالة تحقق الخطر أو وقوع الحدث المبين في العقد يدفع المؤمن إلى المؤمن له أو المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أوإيراداً مرتباً أو أي حق مالي آخر».

وعرفته المادة ٣ من القانون الاتحادي رقم (٩) لسنة ١٩٨٤ في شأن شركات ووكلاء التأمين بقولها :

«التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك في نظير أقساط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن».

وقد نجح هذان التعريفان في إبراز عناصر التأمين من حيث كونه تصرفاً قانونياً بين أشخاص، فهو عقد يبرم بين المؤمن والمؤمن له لصالح المؤمن له نفسه أو لصالح طرفاً ثالثاً هو المستفيد. ومن مزايا هذان التعريفان إبرازهما أن التأمين يقوم على خطر أو حادث معين يخشى وقوعه، ويبغي المؤمن له تغطيته مقابل قسط أو اشتراك أو دفعة مالية يدفعها للمؤمن. ويلتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين للمؤمن له أو المستفيد عند وقوع الحادث أو تحقق الخطر وهو المبلغ المقطوع أو الإيراد المرتب أو العوض المالي الآخر.

وتعريف التأمين على النحو المتقدم يعد تعريفاً وافياً لعقد التأمين من أحد جانبيه أي في العلاقة ما بين المؤمن والمؤمن له، وهو العنصر القانوني في التأمين، غير أنهما لم يبرزا العنصر الفني في التأمين وهو القواعد والأسس الفنية التي يعتمد عليها في تغطية الخطر المؤمن منه، وإن كان التعريف الوارد في قانون المعاملات المدنية قد أشار إلى فكرة تعاون المؤمن لهم على مواجهة الأخطار أو الحوادث المؤمن منها، مما يعني أنهم يتعاونون جميعاً في تعويض العدد القليل منهم الذين يتحقق الخطر بالنسبة إليهم، فلا يتحمل هؤلاء الأخيرون الخسارة وحدهم، بل توزع الخسارة عليهم، ولا يخسر أي منهم إلا مقابل التأمين الذي دفعه، وهذا هو الجانب الفني الذي يتحدد به أهم دعامة يقوم عليها التأمين وهي توزيع الخسارة بين المؤمن لهم جميعاً[١٢].

وقد عرف البعض التأمين بأنه «عملية فنية تزاولها هيئات منظمة مهمتها جمع أكبر عدد ممكن من المخاطر المتشابهة وتحمل تبعتها عن طريق المقاصة وفقاً لقوانين الإحصاء، ومن مقتضى ذلك حصول المستأمن أو من يعينه، حالة تحقق الخطر المؤمن منه، على عوض مالي يدفعه المؤمن في مقابل وفاء الأول بالأقساط المتفق عليها في وثيقة التأمين»[١٣].

ويتميز هذا التعريف بتضمنه عنصري التأمين، العنصر الفني والعنصر القانوني، وإن كان يؤخذ عليه عدم الإيجاز.

ولعل التعريف الذي يفضله الفقه هو الذي قال به أحد الفقهاء الفرنسيين وهو الأستاذ

هيمار[١٤]، إذ عرف التأمين بأنه عقد «بموجبه يحصل أحد المتعاقدين، وهو المؤمن له، في نظير مقابل يدفعه، على تعهد بمبلغ يدفعه له أو للغير في حالة تحقق خطر معين، المتعاقد الآخر وهو المؤمن، الذي يدخل في عهدته مجموعاً من هذه المخاطر يجري المقاصة فيما بينها وفقا لقوانين الإحصاء»[١٥].

ويتميز التعريف الأخير بأنه ينطبق على جميع أنواع التأمين ـ التأمين على الأشخاص، أو التأمين على الأضرار. كما أنه اشتمل على بيان العنصر القانوني فضلاً عن العنصر الفني في التأمين.

المبحث الثالث

أنواع التأمين

جرت التشريعات بالدولة على تقسيم عمليات التأمين إلى أنواع وتعريف كل نوع منها، على أن تحديد أنواع التأمين فيها جاء على سبيل المثال لا الحصر، ومن ناحية أخرى توجد تقسيمات فقهية لأنواع التأمين. والمقصود من هذه التقسيمات هو التمييز بين أنواع مختلفة من عقود التأمين تبعاً لخصائص ينفرد بها كل نوع، الأمر الذي تظهر فائدته في معرفة القواعد الفنية والقانونية التي تنطبق على كل نوع.

أولاً: تقسيمات تشريعية لأنواع التأمين:

أوردت الفقرة الثانية من المادة ٣ من القانون الاتحادي رقم ٩ لسنة ١٩٨٤ في شأن شركات ووكلاء التأمين تقسيمات لعمليات التأمين في تطبيق أحكامه على النحو التالي:

١ ـ **التأمين على الحياة**: ويشمل جميع عمليات التأمين التي تتعلق بالحياة البشرية والأخطار التي تطرأ عليها.

٢ ـ **الادخار وتكوين الأموال**: ويشمل عمليات التأمين التي تقوم على إصدار وثائق أو مستندات أو شهادات أو غير ذلك، تلتزم بموجبها الشركة بأداء مبلغ معين أو جملة مبالغ في تاريخ مقبل، مقابل قسط أو أقساط دورية.

٣ ـ **التأمين من الحوادث والمسؤولية**: ويشمل التأمين من الأضرار الناجمة عن الحوادث الشخصية والتأمين من حوادث العمل ومن السرقة وخيانة الأمانة والتأمين على السيارات ومن المسؤولية المدنية والتأمين الهندسي وغير ذلك مما يدخل عرفاً أو عادة في التأمين عن الحوادث والمسؤولية.

٤ ـ **التأمين من الحريق**: ويشمل التأمين من الأضرار الناتجة عن الحريق والانفجارات والظواهر الطبيعية والاضطرابات على أنواعها، وغير ذلك مما يدخل عرفاً أو عادة في التأمين من الحريق.

٥ ـ **التأمين من أخطار النقل البري والبحري والجوي**: ويشمل تأمين البضائع والمنقولات الأخرى وأجور الشحن وتأمين أجسام السفن والطائرات وآلاتها وملحقاتها والأخطار التي تنشأ عن بنائها أو صناعتها أو استخدامها أو إصلاحها أو رسوها بما في

ذلك الأضرار التي تصيب الغير وغير ذلك مما يدخل عرفاً أو عادة في التأمين من اخطار النقل البري والبحري والجوي.

٦ - **أنواع التأمين الأخرى**: وتشمل التأمين من جميع الأخطار التي لم ينص عليها في الفقرات السابقة، وبذلك تكون هذه الفقرة قد أوضحت أن أنواع التأمين الواردة في قانون شركات ووكلاء التأمين كان على سبيل المثال لا الحصر.

هذا وقد نظم قانون المعاملات المدنية الأحكام الخاصة ببعض أنواع التأمين، فبعد أن تعرض للأحكام العامة لعقد التأمين (المواد ١٠٢٦ إلى ١٠٣٦) عالج أحكام التأمين من الحريق (المواد ١٠٣٧ إلى ١٠٤٥) ويشمل الأضرار الناشئة عن الحريق ولو كانت ناجمة عن الزلازل والصواعق والزوابع والرياح والأعاصير والانفجارات المنزلية والاضطرابات التي يحدثها سقوط الطائرات والسفن... أو عن كل ما يعتبر عرفاً داخلاً في شمول هذا النوع من التأمين. ثم نظم أحكام التأمين على الحياة (المواد من ١٠٤٦ إلى ١٠٥٥).

أما القانون التجاري البحري فلم ينظم إلا عقد التأمين الذي يكون موضوعه ضمان الأخطار المتعلقة برحلة بحرية (م ٣٦٦ إلى ٤٢٠).

ثانياً: تقسيمات فقهية لأنواع التأمين:

جرى الفقه على تقسيم التأمين إلى أنواع، تقسيم بحسب الهيئة التي تتولى القيام بعملية التأمين، والهدف الذي تسعى إلى تحقيقه، إلى تأمين تعاوني أو تبادلي[١٦] وتأمين بقسط ثابت. وتقسيم بحسب الموضوع إلى: تأمين بري وبحري وجوي، تأمين خاص وتأمين اجتماعي، تأمين على الأشخاص وتأمين من الأضرار[١٧].

على أن أهم هذه التقسيمات في تقديرنا هو تقسيم التأمين إلى تأمين اجتماعي وتأمين خاص.

والتأمين الاجتماعي هو الذي تنظمه وتدير شؤونه الدولة بقصد حماية العمال وتأمينهم من إصابات العمل ومن المرض والعجز والشيخوخة. ويساهم فيه العمال وأصحاب الأعمال والدولة ذاتها، وهو يكون في الغالب إجبارياً[١٨]. ويدرس هذا النوع من التأمين ضمن موضوعات علاقات العمل[١٩].

أما التأمين الخاص فهو الذي تقوم به الشركات المساهمة والجمعيات التبادلية ويهدف به تحقيق مصلحة خاصة للمؤمن له.

والتأمين الخاص ينقسم بدوره إلى أنواع فهو إما تأمين بحري يكون موضوعه ضمان الأخطار المتعلقة برحلة بحرية (م ١/٢٦٦) من القانون الاتحادي رقم (٢٦) لسنة ١٩٨١ بشأن القانون التجاري البحري) ويشمل التأمين على البضائع أو على السفن ذاتها[٢٠]، وهذا النوع من التأمين من مباحث القانون البحري وخاضع للباب السادس

من قانون التجارة البحري سالف الذكر.

وإما تأمين بري ويلحق به في كثير من أحكامه التأمين الجوي، وينقسم إلى قسمين كبيرين:

الأول: التأمين على الأشخاص.

الثاني: التأمين من الأضرار ويعتبر هذا التقسيم من أهم تقسيمات التأمين.

أولاً: التأمين على الأشخاص: ويشمل كافة عمليات التأمين التي تتعلق بشخص الإنسان وتهدف إلى تأمينه من الأخطار التي تهدد حياته، أو سلامته البدنية أو الصحية وقدرته على العمل. وهذا التأمين ليست له صفة تعويضية، ومن ثم لا يخضع لمبدأ التعويض بل يستولى المؤمن له على مبلغ التأمين المتفق عليه بأكمله إذا تحقق الخطر المؤمن منه، دون نظر إلى قيمة الضرر الذي أصابه بل حتى ولو لم يصب بضرر[٢١].

ومن أهم أمثلة هذا النوع من التأمين: التأمين على الحياة والتأمين من الحوادث أو الإصابات.

١ ـ **التأمين على الحياة**: وقد يكون تأميناً لحالة الوفاة أو تأميناً لحالة البقاء أو تأميناً مختلطاً[٢٢]. والتأمين على الحياة وفقاً للمادة ١٠٤٦ من قانون المعاملات المدنية هو الذي يلتزم فيه المؤمن بأن يدفع إلى المؤمن له أو المستفيد المبالغ المتفق عليها عند وقوع الحادث المؤمن منه أو حلول الأجل المنصوص عليه في العقد دون حاجة لإثبات ما لحق المؤمن له أو المستفيد من ضرر.

والتأمين لحالة الوفاة هو عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأن يدفع مبلغاً معيناً عند وفاة المؤمن عليه مقابل التزام المؤمن له بدفع أقساط التأمين.

أما التأمين المختلط فهو يجمع بين صورتي التأمين على الحياة السابقتين، وفيه يلتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين على الحياة إلى المؤمن له إذا ظل على قيد الحياة في تاريخ معين، أو إلى ورثته أو المستفيد في العقد عند وفاة المؤمن على حياته[٢٣].

وتوجد صور أخرى للتأمين على الحياة، من ذلك تأمين المهور[٢٤]، وتأمين الأسرة والتأمين الجماعي[٢٥].

٢ ـ **التأمين من الإصابات**: ويستهدف هذا النوع من التأمين كفالة تأمين الشخص نفسه من الإصابات التي تقع على جسمه أو سلامة بدنه لسبب خارجي مفاجىء، فهو عقد بموجبه يتعهد المؤمن، في مقابل أقساط التأمين، أن يدفع للمؤمن له أو المستفيد ـ إذا مات المؤمن له ـ مبلغ التأمين في حالة ما إذا لحقت المؤمن له إصابة بدنية، وبأن يرد له مصروفات العلاج والأدوية كلها أو بعضها، ويختلف مبلغ التأمين بحسب ما قد تفضي إليه الإصابة. فقد تؤدي إلى وفاة المؤمن له، وقد تؤدي إلى إحداث عجز دائم أو عجز مؤقت كلياً أو جزئياً. ويلحق بالتأمين من الإصابات التأمين من المرض، فيؤمن الشخص نفسه من العجز عن العمل الناتج عن المرض، وتدخل في ذلك نفقات العلاج[٢٦].

ثانياً : التأمين من الأضرار : يتميز تأمين الأضرار بأن الخطر المؤمن منه يتعلق بمال المؤمن له لا بشخصه، بخلاف التأمين على الأشخاص الذي يكون الخطر المؤمن منه أمراً متعلقاً بشخص المؤمن له لا بماله.

ويستهدف تأمين الأضرار تعويض المؤمن له عن الضرر الذي يلحق ذمته المالية[٢٧]، ويتفرع تأمين الأضرار إلى نوعين رئيسيين : التأمين على الأشياء، والتأمين من المسؤولية.

١ ـ **تأمين الأشياء :** ويراد به تأمين المؤمن له من ضرر يصيب ماله بطريق مباشر. ومن قبيل ذلك، التأمين على الأشياء ضد السرقة والتبديد، والتأمين ضد الحريق، والتأمين على المزروعات ضد التلف والتأمين ضد موت الحيوانات.

٢ ـ **التأمين من المسؤولية :** وفيه يؤمن الشخص نفسه من الضرر الذي يصيبه في ماله، إذا تحققت مسؤوليته قبل الغير ورجع عليه هذا بالتعويض.

وبالرغم من أن القانون يعطي الغير ـ في كثير من حالات تأمين المسؤولية ـ حق مطالبة المؤمن بالتعويض بمقتضى الدعوى المباشرة[٢٨]، إلا أن الغرض الأساسي من تأمين المسؤولية هو تعويض المؤمن له نفسه عما يلحق ذمته المالية من ضرر بسبب رجوع الغير عليه. فشركة التأمين ـ بحسب الأصل ـ لا تعوض الأخير، بل الذي يعوضه هو المؤمن له، ثم تأتي شركة التأمين بعد ذلك لتعويض المؤمن له ما غرمه لتعويض المضرور.

ومن أمثال تأمين المسئولية، تأمين المسؤولية عن حوادث السيارات وتأمين المسؤولية عن حوادث النقل، وتأمين المسؤولية عن حوادث العمل، وتأمين المسؤولية بسبب حريق العين المؤجرة[٢٩]. ومن بين هذه المسؤوليات ما قد يكون التأمين منه إجبارياً، كالتأمين من حوادث السيارات[٣٠]، والتأمين من حوادث العمل.

ويلاحظ أنه في التأمين على الأشياء يكون أطراف التأمين هما المؤمن والمؤمن له في حين أنه في التأمين من المسؤولية يكون أطراف التأمين ثلاثة أشخاص هم المؤمن والمؤمن والمؤمن له (المسؤول) والغير المضرور.

وتأمين الأضرار له صفة تعويضية ـ كما أسلفنا ـ فالهدف منه تعويض الضرر الذي يصيب المؤمن له في ماله، في حين أن تأمين الأشخاص ليست له هذه الصفة التعويضية ـ كما قدمنا ـ ونتيجة لهذا الاختلاف في طبيعة هذين النوعين من التأمين تترتب الفروق التالية[٣١].

١ ـ يلتزم المؤمن في تأمين الأضرار بتعويض المؤمن له في حدود الضرر الذي يلحقه من جراء تحقق الخطر المؤمن منه وفي حدود مبلغ التأمين. فلا يجوز أن يتقاضى المؤمن له من المؤمن ـ إذا تحقق الخطر ـ تعويضاً أكبر من مبلغ التأمين أو من قيمة الضرر الفعلي الذي لحقه. وإذا كان الضرر الذي لحقه أكبر في قيمته من مبلغ التأمين لا يتقاض

بداهة إلا مبلغ التأمين المنصوص عليه في عقد التأمين نفسه. ويترتب على هذا المبدأ أنه لا يجوز للمؤمن له أن يجمع بين عوض التأمين، ودعوى التعويض ضد الغير المسؤول عن الحادث.

أما تأمين الأشخاص، فإن المؤمن يلتزم بدفع مبلغ التأمين الذي يقضي به العقد بمجرد وقوع الخطر المؤمن منه، ولو لم يترتب على وقوعه أي ضرر.

٢ ـ في تأمين الأضرار ليس لشخصية المؤمن له اعتبار أو أهمية، إذ ينصب اهتمام المؤمن على الشيء المؤمن عليه ذاته، والغرض المخصص له وطريقة استعماله، في حين أن شخصية المتعاقد في تأمين الأشخاص لها أهمية واضحة.

ففي التأمين على الحياة مثلاً قد يسبق إبرام العقد إجراء الكشف الطبي على المؤمن على حياته، لمعرفة حالته الصحية والبدنية وسلامته من الأمراض لتقدير قسط التأمين على أساسها.

الفصل الثاني

التنظيم القانوني للتأمين
في
دولة الإمارات العربية المتحدة

تقسيم :

تقتضي معالجة التنظيم القانوني للتأمين في دولة الإمارات العربية المتحدة، أن نمهد لذلك بعرض الأسس الفنية التي يقوم عليها التأمين والوظائف التي يؤديها في مبحث أول، ثم نتكلم في مبحث ثان عن الهيئات التي تقوم بالتأمين في الدولة والإشراف والرقابة عليها وفقاً للقانون الاتحادي رقم ٩ لسنة ١٩٨٤ في شأن التأمين ووكلاء التأمين، ثم نعالج الالتزامات التي فرضها القانون على شركات التأمين لضمان مواجهتها لالتزاماتها التأمينية، وهذا ما يسمى بالتنظيم الداخلي للتأمين بالمقابلة لتنظيم العلاقة القانونية التي تنشأ عن عقد التأمين بين المؤمن والمستأمن.

المبحث الأول
الأسس الفنية التي يقوم عليها التأمين ووظائفه

تحديد خطة المبحث :

ندرس في هذا المبحث العنصر الفني الذي تقوم عليه العلاقة بين المؤمن ومجموع المؤمن لهم، وبعبارة أخرى الأسس الفنية للتأمين وذلك في مطلب أول، ثم نستخلص ـ في مطلب ثان ـ من هذا العنصر الفني وظائف التأمين ومزاياه.

المطلب الأول

الأسس الفنية للتأمين

تقـــديم :

التأمين ـ كما قدمنا ـ يشتمل على عنصر فني ـ إلى جانب العنصر القانوني ـ تقوم عليه العلاقة بين المؤمن ومجموع المؤمن لهم، ويتمثل هذا العنصر في أسس فنية تميز التأمين الحديث وتباعد بينه وبين المقامرة والرهان[٣٢]، بحيث لا يقوم على الحظ أو الصدفة.

ويمكن أن نتبين أساسيين رئيسيين للتأمين[٣٣] :

أولاً : التعاون بين المؤمن لهم.

ثانياً : تنظيم توزيع المخاطر.

أولاً : التعاون بين المؤمن لهم :

يقتضي التأمين الحديث وجود مجموع من الأشخاص، يشتركون جميعاً في التعرض لخطر معين، وتكون لهم مصلحة مشتركة في التعاون والتضامن لتعويض من يتحقق الخطر في جانبه منهم. فالمؤمن يجمع بين أكبر عدد ممكن من المؤمن لهم الذين يتعرضون جميعاً لنفس الخطر، ويضعون جميعاً ما يتعرضون له من مخاطر في وعاء واحد، بقصد توزيع آثاره عليهم جميعاً إذا وقع بدلاً من أن يتحمله بعضهم بمفرده[٣٤].

فالتأمين على هذا النحو يقوم على فكرة تبادل المساهمة في الخسائر، وهو ليس مجرد عملية تقوم على الصدفة أو الحظ، الأمر الذي يتميز به عن الرهان والمقامرة.

وإذا كان عقد التأمين مقصور على طرفين اثنين هما المؤمن والمؤمن له، إذ لا توجد علاقة مباشرة بين المؤمن له في عقد معين، وغيره من المؤمن لهم مع نفس المؤمن، إلا أنه إذا نظرنا لعملية التأمين في العلاقة ما بين المؤمن ومجموع المؤمن لهم لإتضح لنا وجود رابطة فعلية بين المؤمن لهم يتم خلالها التعاون بينهم وإجراء المقاصة بين المخاطر التي يتعرضون لها.

وهذا التعاون واضح كل الوضوح في الجمعيات التبادلية للتأمي[٣٥] التي تتكون من أشخاص تربطهم مصالح مشتركة يكون فيها لكل عضو صفة المؤمن والمؤمن له في نفس الوقت، فإذا ما وقع الخطر بأحدهم قام الباقون بتعويضه من الاشتراكات التي يلتزم بأدائها كل منهم[٣٦].

كما أن التعاون واضح حتى ولو كان الذي يقوم بالتأمين شركة مساهمة (في حالة التأمين بقسط ثابت)[٣٧]، فالشركة ليست إلا وسيطاً بين المؤمن لهم الذين يتعرضون لمخاطر متشابهة، فإذا لحق أحدهم ضرر نتيجة تحقق الخطر المؤمن منه، قام المؤمن

بدفع التعويض اللازم من مجموع ما يقدمه المؤمن لهم من مساهمة (أقساط) في الخسائر المحتملة، فالمؤمن لهم يتحملون فيما بينهم الخسارة التي تتحقق من جراء وقوع الخطر، وإن كان ذلك يتم بصورة غير مباشرة، وإن انعدمت العلاقة القانونية فيما بينهم. فالمؤمن هو الذي يتولى مهمة الإشراف على هذه العملية وتنظيمها. إذن ـ فكرة تبادل المساهمة في الخسائر قائمة حتى ولو كان المؤمن شركة مساهمة، فهو ليس سوى وسيط ينظم هذه المساهمة[٣٨].

ثانياً: تنظيم توزيع الخسائر:

يقصد بتنظيم توزيع الخسائر، تنظيم التعاون بغرض إجراء المقاصة بين المخاطر وتوزيع عبئها على مجموع المؤمن لهم، وغني عن البيان، أن المؤمن هو الذي يقوم بدور المنظم لهذا التعاون.

ويقوم هذا التنظيم على أساسيين فنيين:

الأول: تقدير الاحتمالات بالاستعانة بقوانين الإحصاء[٣٩]:

أصبح تحديد درجة احتمال وقوع الخطر المؤمن ضده، أقرب ما يكون من الدقة بفضل الاستعانة بقوانين الإحصاء، إذ يجمع المؤمن أكبر عدد ممكن من المؤمن لهم المعرضين لنفس الخطر، ويقدر احتمالات تحقق الخطر بالنسبة لهم جميعاً طبقاً لقوانين الإحصاء. فتقدير الاحتمالات يقوم على إحصاء عدد مرات وقوع هذا الخطر في الماضي ومبلغ أهميته، ومدى احتمال تحققه في المستقبل. ويقرب هذا التقدير من الدقة بقدر كثرة عدد المؤمن لهم من نفس الخطر بحيث يمكن تطبيق قانون الأعداد الكثيرة، وحتى يستطيع المؤمن أن يوازن بين الأقساط المدفوعة ومبلغ التأمين الذي يلتزم بدفعه عند وقوع الخطر.

الثاني: قانون الكثرة[٤٠]:

إذا كان الخطر المؤمن ضده مثلا هو الحريق، وأهدت قوانين الإحصاء إلى أن كارثة واحدة من كوارث الحريق تقع في كل ألف يتعرضون لهذا الخطر، فإن التقدير يزداد قرباً من الدقة، وتنتفي فيه المصادفة وتكون النتائج أكثر تعبيراً عن الواقع، كلما زاد عدد المؤمن لهم، وهذا هو قانون الكثرة.

ويشترط أن يتوافر في الخطر المؤمن ضده شروطاً ثلاثة حتى يمكن تقدير الاحتمالات على أساس قانون الكثرة وطبقاً للإحصاءات وإجراء المقاصة بين المخاطر، نعرضها تباعاً:

١ ـ أن يكون الخطر متفرقاً :

يقصد بذلك ألا يحتمل وقوعه في وقت واحد ، بل في أوقات متباعدة ، فإذا كان الخطر يتحقق متجمعاً في آن واحد يكون من العسير التأمين عليه ، كما في حالة التأمين ضد مخاطر الزلازل والبراكين والحروب والاضطرابات في بلاد تتعرض عادة لهذه الأخطار ـ إذ التأمين عليها يعرض المؤمن لظروف تحول دون قيامه بمهمته[٤١] .

٢ ـ أن يكون الخطر متماثلاً (متجانسا)[٤٢] :

حتى يمكن تقدير الاحتمالات على أساس قانون الكثرة ، وإجراء المقاصة بين المخاطر التي يراد تغطيتها ، يجب أن يتوافر التجانس بين هذه المخاطر . ويقصد بالتجانس التماثل أو التشابه بين هذه المخاطر .

ويجب أن يتوافر التماثل أو التشابه من عدة نواح :

(أ) **في طبيعة المخاطر** : ويكون ذلك بأن يجمع المؤمن بين عمليات تأمين في مجموعات متماثلة في الطبيعة . فيجمع مثلاً التأمين على الحياة ، أو تأمين المسؤولية عن حوادث السير ، أو تأمين الأضرار ضد السرقة ، كل على حدة في مجموعة مستقلة عن الأخرى لاختلاف طبيعة الخطر المؤمن ضده في كل مجموعة منها .

(ب) **في محل التأمين أو موضوعه** : ويجب أن يتوافر التجانس في محل التأمين أو موضوعه ، ففي التأمين على الأشياء مثلاً ، يوضع التأمين ضد حريق المباني في مجموعة مستقلة عن التأمين ضد حريق البيوت الخشبية أو المصانع أو المنقولات[٤٣] ، ومن ناحية أخرى يجب أن يكون التجانس في القيمة ، بمعنى أنه يجب مراعاة تجميع المخاطر ذات القيمة المتقاربة ، بحيث لا يضم مجموعة واحدة تأمين موضوعه أو محله تفوق قيمته كثيراً الخطر الذي يتعرض له باقي المؤمن لهم .

وإذا كان أحد المؤمن لهم معرضاً لخطر جسيم يفوق كثيراً الخطر الذي يتعرض له سائر المؤمن لهم ، يجب أن يعالج هذا التفاوت بتقسيم الخطر إلى أضرار وتأمين كل منه بعقد مستقل أو بإعادة التأمين فيما يزيد على القيمة المألوفة[٤٤] .

(جـ) **في مدة التأمين** : ويجب أن يتوافر التجانس في مدة التأمين ، إذ كلما تقاربت مدد التأمين ، كلما كان من السهل إجراء المقاصة بين المخاطر[٤٥] ، فالتأمين على الحياة لمدة عشر سنوات مثلاً يقوم مستقلاً عن التأمين على الحياة لمدة عشرين سنة أو لمدة ثلاثين سنة .

وأخيراً يجب أن يكون الخطر منتظم الوقوع إلى درجة مألوفة بالنسبة لمجموع المؤمن لهم ، بحيث لا يكون نادراً يتعذر عمل إحصاء له ، ولا كثير الوقوع يكلف التأمين منه مقابلاً باهظاً يجعله غير مجد اقتصادياً . فالخطر المنتظم الوقوع يقبل وحده أن يتوزع بين المؤمن لهم على نحو مألوف .

ومتى توافرت الشروط المتقدمة في الخطر المؤمن ضد، كان خطراً يمكن التأمين منه، وكان تقدير الاحتمالات فيه قريباً من الدقة، مما يمكن معه إجراء المقاصة بين المخاطر، وأمكن شركة التأمين أن تحدد قيمة أقساط التأمين التي يدفعها المؤمن لهم بقدر هذه الدقة. فمجموع هذه الأقساط هو المقدار الواجب لتغطية الخسائر المقدر وقوعها، والذي تجري فيه المقاصة بين المخاطر.

ومما تقدم يتضح لنا كيف أن التأمين يقوم على فكرة تبادل المساهمة في الخسائر ـ كما بينا، فيتحمل كل مؤمن له جزءاً منها بمقدار ما يدفعه من الأقساط فتتوزع بذلك آثار الخطر المؤمن منه، ولا يحمل به شخص واحد، بل يتعاون على تحمله الجميع، فتذوب الكارثة بين عدد كبير بدلاً من أن يختص بها وحده من وقعت عليه. وعلى ذلك إذا كان التأمين عقداً احتمالياً بالنسبة إلى مؤمن له بالذات، فهو ليس احتمالياً بالنسبة إلى مجموع المؤمن لهم، بل هو على العكس من ذلك ـ كما يقول أستاذ الأجيال الدكتور ـ السنهوري ـ هو عقد وظيفته الأولى استبعاد الاحتمال ونفي الخطر والمصادفة، على خلاف عقود المقامرة والرهان[٤٦].

وإذا ابتعدت الاحتمالات عن الدقة جرت شركات التأمين على معالجة ما قد يوجد من فروق في تقدير الاحتمالات بأحد أمرين:

١ ـ باتخاذ الاحتياطات الواقية من الخطر، كاتخاذ الاحتياطات الواقية من خطر الحريق من جانب شركات التأمين من الحريق، وتشجيع البناء على نحو يقلل من خطر الحريق، وبتخفيض أقساط التأمين للمؤمن له الذي يستعمل أحدث الآلات والوسائل الواقية من خطر الحريق[٤٧].

وفي التأمين من حوادث السيارات تعمل شركات التأمين على اتخاذ الاحتياطات الواقية منها، كإصلاح الطرق، ووضع العلامات الهادية للسائقين، وفحص السيارات فحصاً دقيقاً قبل التأمين عليها، وإنشاء خدمات في الطرق العامة لمنع الحوادث وإغاثة المؤمن لهم إذا وقعت الكارثة. وقد تحمل شركات التأمين المؤمن له قسطاً معيناً من الخسارة عند وقوع الكارثة، لتكون له مصلحة شخصية في توقي الحوادث.

٢ ـ إعادة التأمين والتأمين الاقتراني: والطريقة الثانية لمعالجة عدم دقة تقدير الاحتمالات، وما قد يؤدي إليه ذلك من اختلال التوازن في شركة التأمين، هي الإلتجاء إلى إعادة التأمين، والتأمين الاقتراني.

وقد نصت المادة ٣٩ من القانون الاتحادي رقم (٩) لسنة ١٩٨٤ سالف الذكر على أنه: «للوزير إذا ما اقتضت المصلحة العامة ذلك، أن يلزم شركة التأمين الخاضعة لأحكام هذا القانون أن تعيد التأمين على جزء من عمليات التأمين المباشر التي تعقدها في الدولة لدى شركات إعادة التأمين الوطنية التي يعينها الوزير بقرار منه[٤٨].

وتكون إعادة التأمين وفقاً للأسس والقواعد التي يحددها الوزير بقرار منه بعد أخذ رأي اللجنة العليا للتأمين».

ويعرف الفقه إعادة التأمين بأنه «عقد بين المؤمن المباشر والمؤمن المعيد بموجبه يحول الأول للثاني جزءاً من المخاطر التي يتحملها في نظير مقابل معين، مع بقاء المؤمن المباشر هو المدين وحده في مواجهة المؤمن لهم[٤٩]».

أما التأمين الاقتراني فيقصد به ضمان عدة مؤمنين لخطر واحد على نحو ما رأينا، في حالة تفاوت الخطر بما يزيد على القيمة المألوفة، بحيث يتحمل كل منهم جزءاً معيناً من هذا الخطر، لا يسأل إلا عنه وحده، وبحيث لا يتجاوز مجموع ما يحصل عليه المؤمن له القيمة المؤمن عليها[٥٠].

خلاصة القول أن الأسس الفنية التي يقوم عليها التأمين هي التي جعلت من التأمين عملية قانونية تؤسس على التعاون المنظم، تقوم فيه شركة التأمين بدور الوسيط أو المنظم، وتبعد كل البعد عن الخطر أو المصادفة على خلاف المقامرة أو الرهان.

المطلب الثاني

وظائف التأمين ومزاياه

تعداد: يتبين من دراسة العنصر الفني الذي تقوم عليه العلاقة بين المؤمن ومجموع المؤمن لهم، أن للتأمين عدة وظائف. فهو يقوم بدور أخلاقي بما يوفره من أمان، وباعتباره مظهراً للتعاون والتضامن، الأمر الذي تدعو إليه الأخلاق، كما أن للتأمين دور في الحياة الاقتصادية باعتباره من وسائل الائتمان، ووسيلة فعالة لتجميع رؤوس الأموال.

(أ) دور التأمين الأخلاقي وكفالته للأمان[٥١]:

بعد أن أوضحنا انتفاء صفة المقامرة أو الرهان عن عقد التأمين، لم يعد مقبولاً الادعاء بعدم أخلاقيته، بل العكس فإن التأمين يقوم بدور أخلاقي بما يدعو إليه من تعاون وتضامن. فتوزيع الخسارة على المؤمن لهم، هو مظهر من مظاهر التعاون والتضامن الذي تنادي به الأخلاق. كما أن التأمين يدعو للاحتياط والتبصر. فالشخص الذي يبرم عقد تأمين للاحتياط من مخاطر المستقبل ولتأمين مفاجآت الزمن، سواء بالنسبة لنفسه أو بالنسبة لمن يعولهم، إنما يقوم بعمل تدعو إليه الأخلاق، وقد يدل على الإيثار كما في التأمين على الحياة لصالح أولاد المؤمن له.

ولعل أهم وظيفة يقوم بها التأمين للمؤمن له هي أن تكفل له الأمان، وقد اشتق لفظ التأمين من الأمان. ففي التأمين من الأضرار سواء أكان تأميناً على الأشياء أم تأمينا من المسؤولية ـ إذا وقع الخطر المؤمن منه يعوض المؤمن المستأمن عن الأضرار التي تلحق به من جراء وقوع الكارثة، فالمؤمن له من السرقة أو من المسؤولية، أو من

الوفاة، أو من الإصابات أو المرض أو العجز، يكون على اطمئنان وثقة من وجود المؤمن إلى جانبه يعوضه عن كل ما يترتب على وقوع الخطر المؤمن ضده.

ولقد أصبحت الحياة الحديثة يحوطها الخطر من كل جانب نتيجة للتطور الفني الهائل وانتشار الآلات الميكانيكية والسيارات ووسائل النقل البرية والبحرية والجوية، والمصانع والعمارات الضخمة، مما يجعل الناس في حاجة للأمان ووجدوا في التأمين ملاذاً يقيهم مفاجآت الأخطار والكوارث، ويحقق لهم الطمأنينة والأمان[٥٢].

(ب) التأمين وسيلة من وسائل الائتمان[٥٣]:

إذ بمقتضاه يستطيع المؤمن له أن يحصل على ما يحتاج من ائتمان. فالتأمين يقدم له وسيلة ضمان أو يدعم الضمان الذي يقدمه إذا أراد الحصول على قروض سواء من المؤمن أو من الغير.

ففي التأمين على الحياة يستطيع المؤمن له أن يؤمن على حياته لصالح دائنه، ويحصل على الائتمان المطلوب إذا لم يتوافر له ضمان آخر، كما يستطيع أن يرهن وثيقة التأمين لدى الغير، كما يمكنه أن يقترض من المؤمن نفسه بضمان بوليصة التأمين على الحياة أو يعجل له المؤمن مبلغاً على حسابها[٥٤].

وقد يطلب الدائن المرتهن التأمين على العقار أو الشيء المرهون لدعم الضمان وتوقياً لهلاكه أو تلفه قبل حلول أجل الدين، حتى إذا هلك انتقل حق الدائن المرتهن إلى مبلغ التأمين. وقد ورد في قانون المعاملات المدينة تطبيقاً لهذا في المادة ١٠٤٥ منه التي تنص على أنه:

١ ـ إذا كان الشيء المؤمن عليه مثقلاً برهن أو غيره من التأمينات العينية انتقلت هذه الحقوق إلى الضمان المستحق للمؤمن له بمقتضى عقد التأمين.

٢ ـ فإذا سجلت هذه الحقوق أو أبلغت إلى المؤمن ولو بكتاب مسجل فلا يجوز له أن يدفع ما في ذمته للمؤمن له إلا برضاء أولئك الدائنين».

وأخيراً وجد الدائنون وسيلة مباشرة للائتمان تقيهم خطر إعسار المدين، وتدفع أصحاب رؤوس الأموال إلى التوسع في عمليات الائتمان، بإبرام تأمين الدين، سواء بتأمين كفالة الوفاء أو بالتأمين من إعسار المدين[٥٥].

(جـ) التأمين وسيلة لتكوين رؤوس الأموال[٥٦]:

يقوم التأمين بدور فعال في تكوين رؤوس الأموال اللازمة للاقتصاد القومي باعتبارها عنصرا من عناصر الإنتاج.

فالتأمين على الحياة في أكثر صوره، ليس إلا وسيلة من وسائل الادخار، فبواسطة الأقساط القليلة التي يدفعها المؤمن له يدخر في نهاية التأمين رأس مال يعتد به، لم يكن

في الوسع ادخاره بغير التأمين. فالتأمين إذن وسيلة تقلل الاستهلاك وتشجع على الإمساك عن الإنفاق.

ومن خلال الوظائف السابقة يقوم التأمين بدور بارز فعال في الاقتصاد القومي، إذ عن طريقه تجمع شركات التأمين رؤوس أموال ضخمة، ينتفع بها الاقتصاد الوطني انتفاعاً كبيراً، إذ تقوم هذه الشركات باستثمارها في المشروعات العامة وفي سندات القروض التي تصدرها الدولة في الأسواق، فتسهم بذلك في تغطية القروض العامة.

وما تقدم هو الذي يدعو الدولة إلى بسط رقابتها، بل وسيطرتها على شركات التأمين، ولتحقيق هذا الهدف أصدر المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة القانون الاتحادي رقم (٩) لسنة ١٩٨٤ في شأن شركات ووكلاء التأمين، وأوجب في المادة ٤١ منه على شركات التأمين أن تودع في أحد المصارف العاملة في الدولة وديعة كضمان لقيامها بالتزاماتها، كما أوجب في المادة ٤٥ على شركات التأمين التي تمارس بعض أنواع التأمين أن تحتفظ لديها داخل الدولة بأموال لا تقل قيمتها عن نسبة تتراوح بين ٢٥٪ إلى ٤٠٪ من إجمالي الأقساط التي استوفتها في السنة السابقة وفقاً لنوع التأمين، فضلاً عن إخضاعها لرقابة الدولة عن طريق الترخيص (المواد ٨ وما بعدها) والقيد (المواد ١٤ وما بعدها).

وفي بعض قوانين الدول العربية تعطي الدولة سلطة تقرير طريقة توظيف وتقييم أموال شركات التأمين[٥٧]، وفي دولة الإمارات العربية المتحدة للجنة العليا للتأمين التي تنشأ بمقتضى المادة ٤ من القانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٤م المذكور، أن تقترح المبادىء الخاصة باستثمار احتياطي شركات التأمين (م ٣/٤). كما يبين القرار الوزاري رقم (١٢) لسنة ١٩٨٤ باللائحة التنفيذية لقانون شركات ووكلاء التأمين طريقة استثمار أموال شركات التأمين الواجب الاحتفاظ بها داخل الدولة (م ٢٦).

المبحث الثاني

تنظيم الهيئات التي تقوم بالتأمين والأشراف والرقابة عليها

تقسيم: نعالج في مطلب أول من هذا المبحث تنظيم هيئات التأمين وأسبابه، والهيئات التي يمكن أن تمارس نشاط التأمين وأخيراً نعرض للتنظيم التشريعي لهيئات التأمين في دولة الإمارات العربية المتحدة. وفي مطلب ثان نعرض للرقابة على شركات التأمين وتعدد أجهزة الرقابة وتنوع وسائلها[١].

المطلب الأول

تنظيم هيئات التأمين

١ ـ الأسباب المبرزة لتنظيم هيئات التأمين :

كان للدور الهام الذي تقوم به هيئات التأمين في تكوين رؤوس الأموال وتوظيفها في خدمة الاقتصاد القومي من أهم الأسباب التي دعت الدول للتدخل باستمرار لتنظيم هذه الهيئات وتوجيه نشاطها بمقتضى سياسة مرسومة مع أحكام الرقابة عليها لتنفيذ هذه السياسة .

كما أن التأمين يقوم على أسس فنية دقيقة يجب اتباعها بكثير من الدقة ، وهذا يستوجب أن يتمشى التنظيم الداخلي لهيئات التأمين مع هذه الأسس ، الأمر الذي يتطلب أن تخضعها الدولة لرقابتها للاستيثاق من اتباعها لها .

ومن ناحية أخرى فإن ضرورة توفير ضمانات لعملاء التأمين ، حتى يتمكنوا من الحصول على حقوقهم قبل هيئات التأمين ، يقتضي تنظيم هيئات التأمين والإشراف والرقابة عليها بمعرفة الدولة حتى يتم الاستبيان من أن هناك ضمانات جدية لمواجهة هذه الهيئات لإلتزاماتها التأمينية نحو العملاء ، ذلك أن معظم عملاء التأمين لا يعلمون من أمور التأمين شيئاً كثيراً ، وتتقاضى منهم شركات التأمين الأقساط المعجلة . ودون تدخل الدولة للتأكد من جدية الضمانات لوفاء هذه الشركات بالتعويضات المستحقة للعملاء ، يكون الأخيرون تحت رحمة هذه الشركات . ومن أهم هذه الضمانات تكوين الاحتياطات الفنية المختلفة وإعادة التأمين[١] .

هذا موجز الأسباب التي تبرر تنظيم هيئات التأمين وفرض الرقابة والإشراف عليها من قبل الدولة .

٢ ـ الهيئات التي يمكن أن تمارس نشاط التأمين :

تقتضي إدارة نشاط التأمين توافر نظام دقيق ومعقد لا يتسنى للأشخاص الطبيعيين حتى ولو أقاموا شركة تضامن أو شركة توصية بينهم ممارسته ، لذلك فالغالب أن يزول نشاط التأمين شركات مساهمة ، أو مجمعات التأمين التبادلية .

وقد نظم الشركات المساهمة في الإمارات العربية المتحدة ، القانون الاتحادي رقم (٨) لسنة ١٩٨٤ في شأن الشركات التجارية[٢] . وتدعي شركات التأمين المساهمة بالشركات ذات الأقساط الثابتة ، نظراً لأن الشركة المساهمة تهدف إلى تحقيق الربح ، وتحدد دائماً أقساط ثابتة للتأمين ـ يلتزم بها المؤمن له ـ بالاستناد إلى قوانين الإحصاء التي تحدد على وجه التقريب درجة احتمال وقوع المخاطر وما قد يترتب عليها من ضرر .

أما جمعيات التأمين التبادلية فهي في الأصل جمعيات تعاونية تقوم بين مجموعة من الأشخاص يتعرضون لنفس الأخطار، ويلتزمون بتعويض من يتحقق الخطر بالنسبة إليه منهم من الاشتراك الذي يؤديه كل منهم. فالشخص في هذه الجمعيات يقوم بدور المؤمن والمؤمن له معاً، والاشتراك الذي يدفعه كل عضو متغيراً وليس مبلغاً ثابتاً، فهو يتغير وتتبدل قيمته تبعا لقيمة التعويضات التي تلتزم الجمعية بأدائها خلال السنة عند وقوع المخاطر المؤمن منها[٢].

وبعد من عيوب هذا النوع من التأمين، عدم دقة ما يدفعه كل عضو من اشتراك. ولتفادي هذا النقد للتأمين التعاوني، يفرض حداً أدنى من الاشتراكات يدفع عند قيام جمعية التأمين التعاوني، ثم يقوم الأعضاء بعد ذلك بدفع تكملة له عند الضرورة ثم عدل عن هذه الطريقة إلى فرض حد أقصى للاشتراك يمكن أن يغطي كافة المخاطر دون انتظار تكملة، فاقترب بذلك من نظام القسط الثابت، كما أن التأمين بقسط ثابت يسمح بقابلية القسط للزيادة وفقاً لمبدأ تناسب القسط مع الخطر، كما يسمح باشتراك المؤمن لهم في الأرباح كما في التأمين على الحياة، وبذلك قرب كل من نوعي التأمين من الآخر[١].

٣ ـ التنظيم التشريعي لهيئات التأمين في دولة الإمارات العربية المتحدة:

تنص المادة ٢/١٠٢٦ من قانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ على أنه: «ينظم القانون الأحكام المتعلقة بالأجهزة التي تباشر التأمين وخاصة فيما يتعلق بشكلها القانوني وكيفية إنشائها وأساليب مباشرتها لنشاطها والإشراف عليها وذلك بما يحقق الأهداف التعاونية للتأمين ولا يخالف الأحكام القطعية والمبادىء الأساسية للشريعة الإسلامية» وتنص الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه: «وإلى أن يصدر القانون المشار إليه في الفقرة السابقة تظل سارية القواعد والأوضاع المعمول بها حالياً في شأن التأمين والأجهزة التي تباشره».

وقبل صدور هذا القانون بعام واحد كان قد صدر القانون الاتحادي رقم (٩) لسنة ١٩٨٤ في شأن شركات ووكلاء التأمين في ٢٠ مارس ١٩٨٤ ونشر في الجريدة الرسمية في إبريل ١٩٨٤ على أن يعمل به بعد ثلاثة أشهر من تاريخ نشره (م ٨٥)، وقد جاء هذا القانون منظماً لجميع أعمال وهيئات التأمين، وباسطاً إشراف الدولة عليها. وقد صدرت اللائحة التنفيذية لهذا القانون بالقرار الوزاري رقم (٣٢) لسنة ١٩٨٤ ونشر بالجريدة الرسمية في أغسطس ١٩٨٤.

وسنعرض في فقرتين على التوالي للتنظيم القانوني للأجهزة التي تمارس نشاط التأمين قبل صدور القانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٤ وبعد صدوره.

(أ) التنظيم القانوني للأجهزة التي تمارس نشاط التأمين قبل صدور القانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٤م :

كان يقود نشاط التأمين في دولة الإمارات العربية المتحدة شركات التأمين المنشأة في إمارات الدولة السبعة، وكانت أسهم هذه الشركات إما مملوكة كلها أو بعضها من حكومة الإمارة المعنية، وإما مقصورة على القوانين، من ذلك : شركة أبوظبي الوطنية للتأمين المنشأة بإمارة أبوظبي بالقانون رقم (٤) لسنة ١٩٧٢، وشركة الشارقة للتأمين المنشأة سنة ١٩٧٠ بقرار أميري من حاكم الشارقة رقم (٩) لسنة ١٩٧٠، وشركة العين الأهلية للتأمين المنشأة بإمارة أبوظبي بالقانون رقم (١٨) لسنة ١٩٧٥، وشركة رأس الخيمة للتأمين... إلخ، إلى جانب فروع شركات تأمين أجنبية ووكلاء تأمين يمثلون شركات تأمين أجنبية، وخبراء الكشف وتقدير الأضرار وأخيراً مستشاري وسماسرة التأمين[1].

وكانت ممارسة عمليات التأمين قبل خضوعها للقانون الاتحادي رقم (٩) لسنة ١٩٨٤ خاضعة للتنظيمات المحلية لكل إمارة يمارس فيها هذا النشاط. وكانت هذه التنظيمات تتطلب الحصول على ترخيص من سلطات المجلس البلدي للإمارة التي اختيرت لتكون مركزاً لنشاط شركة التأمين. واستثناء من القاعدة المتقدمة، أعفيت بعض شركات التأمين الوطنية من الحصول على الترخيص خصوصاً عندما تكون عبارات القانون أو المرسوم الذي أنشأها يفسر على أنه يتضمن السماح للشركة بأن تبدأ أعمالها.

وكانت بعض الإجراءات تختلف من إمارة إلى أخرى، فمثلاً في إمارة دبي، حيث يوجد أكبر عدد من شركات التأمين إذ يتجاوز خمسين شركة وطنية أو أجنبية بما في ذلك وكلاء التأمين - فكان يتطلب تقديم شهادة بعدم اعتراض المستشار القانوني للحاكم على إنشاء فروع شركات التأمين أو مكاتب وكلاء التأمين للشركات الأجنبية باعتباره إجراء سابقاً على طلب تصريح المجلس البلدي.

وتبدأ إجراءات بلدية دبي بعد صدور الشهادة السابقة، وللحصول على موافقة البلدية يجب أن تقدم لها كفالات مدعمة بوديعة نقدية ١٠٠٪، وضمان إضافي في شكل كفالة بنكية، وذلك بالقيمة المحددة في لوائحها، وهي تختلف في التأمين على الحياة عنه في أنواع التأمين الأخرى.

وللتصريح بإنشاء مكتب لفرع شركة تأمين في أبوظبي، كان على الطالب أن يحصل على موافقة الحاكم أو وزير الاقتصاد والتجارة الاتحادي قبل أن يتقدم للسلطات البلدية. وكانت الوزارة تقتضي للنظر في مثل هذه الطلبات، توافر شروط تتعلق بتكوين رأس المال والاحتياطيات والودائع وإجراءات التسجيل التي نص عليها القانون فيما بعد. ونظراً لأن القانون الاتحادي المنظم لشركات التأمين كان محل مناقشة في السنوات

الأربع السابقة على صدوره، فإن حكومة أبوظبي لم تصدر أي تصريح بإنشاء شركات تأمين عام ١٩٨٢.

وفي إمارة الشارقة كانت تخضع تصاريح إنشاء شركات التأمين للموافقة المسبقة للدائرة الاقتصادية لحكومة الشارقة قبل البدأ في إجراءات السلطات البلدية، وفي معظم الإمارات الأخرى كان يتطلب للتصريح بإنشاء شركة تأمين الموافقة المسبقة للحاكم بالإضافة إلى ضمانات تكميلية في بعض الحالات[١].

وكانت معظم فروع الشركات الأجنبية أو وكالاتها المرخصة قبل ١٩٨٠ في الإمارات الشمالية ليس لها شريك مواطن لدولة الإمارات العربية المتحدة أو كفيل، رغم أن معظم الشركات المرخص لها في أبوظبي مكفولة محلياً. ومع ذلك، فمنذ عام ١٩٨٠ بسبب متطلبات السياسة المحلية لتضمين المصالح الوطنية في الأعمال الأجنبية، اعتبر المناسب عند تجديد ترخيصها أن تتبع إجراءات الكفالة الوطنية.

ولم تكن شركات ووكلاء التأمين خاضعة لأية رقابة اتحادية أو محلية في مسائل هيكل تكوين الشركة، عمليات التأمين، قواعد تكوين المخصصات، عدا متطلبات منح الترخيص المحلي والقانون الاتحادي الخاص بالوكالات التجارية رقم (١٨) لسنة ١٩٨٢ الذي عمل به منذ فبراير ١٩٨٢.

(ب) التنظيم القانوني للأجهزة التي تمترس نشاط التأمين في ظل القانون الاتحادي رقم (٩) لسنة ١٩٨٤م:

كان الدور الهام الذي تقوم به شركات التأمين سواء على الصعيد الفردي أن على مستوى الاقتصاد الوطني، السبب الرئيسي لإخضاع الأجهزة التي تمارس نشاط التأمين لتنظيم دقيق في دولة الإمارات العربية المتحدة.

ويعتبر القانون الاتحادي رقم (٩) لسنة ١٩٨٤ في شأن شركات ووكلاء التأمين أول قانون يقوم بمثل هذا التنظيم المتكامل وعلى مستوى الدولة الاتحادية.

وقد أخضع هذا القانون للتنظيم «الشركات الوطنية والأجنبية التي تزاول في الدولة كل أو بعض عمليات التأمين أو عمليات إعادة التأمين المنصوص عليها في هذا القانون» (م ٢).

شروط ممارسة هيئات التأمين نشاطها في الدولة:

نصت المادة ٨ من قانون شركات ووكلاء التأمين المذكور على أنه «لا يجوز إنشاء أية شركة لمزاولة أعمال التأمين في الدولة إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من الوزارة[١] التي لها أن تمنح الترخيص أو ترفضه وفقاً لما تراه ملائماً لحاجة الاقتصاد الوطني. ويشترط أن يكون الغرض الأساسي للشركة مزاولة أعمال التأمين» فالحصول

على الترخيص هو أول وسيلة تبسط بها الدولة التنظيم والرقابة على نشاط التأمين.

وقد أوجب القانون على كل شركة تأمين أجنبية عاملة في الدولة وقت نفاذ هذا القانون أن يكون لها وكيل من مواطني الدولة، وذلك لكفالة تضمين المصالح الوطنية في الأعمال الأجنبية (م/٩/١). وتعتبر فروع أية شركة تأمين عاملة في الدولة كشركة واحدفي تطبيق أحكام هذا القانون ما لم ينص القانون على غير ذلك (م٩/٢).

وأجاز القانون لشركة التأمين المؤسسة في الدولة أن تفتح لها فروعاً أو فروعاً أخرى بشرط إخطار الوزارة بذلك قبل شهر على الأقل من تاريخ افتتاح الفرع (م١٠) على أن يكون المركز الرئيسي للشركة مسؤولا عن أعمال جميع الفروع التابعة لها في الدولة وعن تقديم جميع البيانات والمعلومات المتعلقة بها.

وقد اشترط القانون في شركات التأمين التي تؤسس في الدولة أن تتخذ شكل الشركات المساهمة العامة وأن تكون أسهمها جميعاً إسمية، وأن تكون جميع رأس مالها مملوكاً دائماً لمساهمين متمتعين بجنسية الدولة (م١١)[1].

وهذا النص العام لا يمنع في - في تقديرنا - من إنشاء جمعيات التأمين التبادلية في إطار القانون الاتحادي رقم (٦) لسنة ١٩٧٤ الخاص بالجمعيات ذات النفع العام والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (٢٠) لسنة ١٩٨١. يؤيد هذا الرأي أن القانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٤ أشار في صلبه إلى جواز ذلك، إذ نص في الفقرة السابعة من المادة الرابعة على أن تختص اللجنة العليا للتأمين باقتراح الإجراءات الخاصة بتأسيس جمعية للتأمين تضم جميع شركات التأمين العاملة في الدولة على أن يراعي أن تكون الأغلبية المطلقة لهيئاتها التنفيذية من ممثلي شركات التأمين المؤسسة في الدولة، أي الشركات الوطنية. ومطروح حالياً مشروع جمعية تضم جميع شركات التأمين العاملة في الدولة في إطار قانون الجمعيات ذات النفع العام تسمى «جمعية الإمارات للتأمين». ولائحة النظام الأساسي لهذه الجمعية معروضة على وزارة الشؤون الاجتماعية ووزارة الاقتصاد والتجارة من ناحية واللجنة العليا للتأمين من ناحية أخرى[1]. وغني عن البيان أن هذه الجمعيات وإن كانت لا تستهدف الربح إلا أنها يجب أن تخضع للضوابط والقيود والرقابة التي تخضع لها شركات ووكلاء التأمين وفقاً للقانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٤ المذكور، وبما يتفق وطبيعتها.

وقد اشترط قانون شركات ووكلاء التأمين ألا تقل قيمة المدفوع في رأس مال شركة التأمين عن عشرة ملايين درهم في جميع الأحوال، وأوجب على شركات التأمين العاملة في الدولة وقت العمل بهذا القانون أن توفق أوضاعها مع حكم الفترة السابقة وذلك خلال مدة تحددها اللجنة العليا للتأمين على أن لا تجاوز هذه المدة سنتين من تاريخ العمل بهذا القانون (م ١٢).

وقد حظر القانون التأمين خارج الدولة على أموال أو ممتلكات موجودة في الدولة أو

على المسؤوليات إلا لدى شركة مقيدة في سجل شركات التأمين بموجب أحكامه (م ٦).

وأخيراً اشترط القانون فيمن يؤسس أو يدير إحدى الشركات الخاضعة لأحكامه، ألا يكون قد حكم عليه في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة وألا يكون محجوراً عليه أو حكم بإشهار إفلاسه ما لم يكن رد إليه اعتباره أو صدر عفو عنه من السلطات المختصة فيما يجوز العفو فيه (م ١٣). ويجب أن تتوافر هذه الشروط أيضاً في وكلاء التأمين وخبراء الكشف وتقدير الأضرار، وبصورة عامة في كل شخص يتقدم للجمهور بعمليات متعلقة بالشركات الخاضعة لأحكامه (م ٢/١٣). وإذا كان أحد هؤلاء الأشخاص شخصاً اعتبارياً وجب أن تتوفر هذه الشروط في جميع الشركاء المتضامنين بالنسبة إلى شركات الأشخاص وفي أعضاء مجلس الإدارة أو مجلس الرقابة بالنسبة إلى شركات الأموال (م ٣/١٣).

المطلب الثاني

الرقابة على شركات التأمين

تمهيد : لبسط سلطات الدولة ولإحكام الرقابة على شركات التأمين، أنشأ القانون لجنتين لهذا الغرض، الأولى تختص برسم السياسة العامة للتأمين في الدولة والثانية تقوم بالرقابة عليها. كما فرض إجراء قيد في سجل يتضمن البيانات التي تمكن اللجنتين السابقتين من القيام بأعمالها. كما فرض شروطاً خاصة فضلاً عن القيد في سجل خاص بالنسبة لوكلاء التأمين وخبراء الكشف وتقدير الأضرار. وأخيراً فرض عقوبات جنائية على مخالفة قواعد التسجيل والقيد، وبهذه الوسائل يمكن للدولة فرض سيطرتها على نشاط التأمين في البلاد.

(أ) اللجنة العليا للتأمين :

نصت المادة ٤ من القانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٤م المذكور على أن تنشأ لجنة عليا للتأمين يصدر بتشكيلها وتنظيم اجتماعاتها قرار من الوزير تمثل فيها السلطات المختصة بالإمارات واتحاد غرف التجارة والصناعة، وتختص هذه اللجنة برسم السياسة العامة للتأمين في الدولة، واقتراح النظم المتعلقة بالمسائل الآتية :

١ ـ القواعد العامة للرقابة على الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون.

٢ ـ المخاطر التي يكون التأمين فيها إجبارياً.

٣ - المبادىء الخاصة باستثمار احتياطي شركات التأمين.

٤ - التعريفات الموحدة لبعض فروع التأمين في الأحوال التي تقتضي فيها المصلحة العامة ذلك.

٥ - الاختصاصات الأخرى المنصوص عليها في هذا القانون.

٦ - المسائل التي يحيلها إليها الوزير.

٧ - اقتراح الإجراءات الخاصة بتأسيس جمعية للتأمين تضم جميع شركات التأمين العاملة في الدولة على أن يراعي أن تكون الأغلبية المطلقة لهيئاتها التنفيذية من ممثلي شركات التأمين المؤسسة في الدولة...

وعلى اللجنة أن تجتمع مرة كل سنة على الأقل لإبداء ملاحظاتها على التقرير السنوي الذي تعده الوزارة عن نشاط التأمين في الدولة.

(ب) لجنة الرقابة على شركات التأمين:

ونص في المادة الخامسة من القانون سالف الذكر، على أن تنشأ لجنة للرقابة على شركات التأمين يصدر بتشكيلها قرار من الوزير وتمثل فيها السلطات المختصة في الإمارات الأعضاء في الاتحاد. وتختص بالنظر في المسائل المنوطة بها بمقتضى هذا القانون. ويلاحظ أن نصوص القانون لم تحدد مسائل بعينها تختص بها لجنة الرقابة[٦٨]، ومن ثم فإن هذه اللجنة - في تقديرنا - تختص بالرقابة العامة على الأجهزة التي تمارس التأمين بالدولة ومدى التزامها بتطبيق أحكام القانون في ضوء ما قد يصدر من قواعد وأنظمة للرقابة بناء على اقتراح اللجنة العليا للتأمين (م ٤/١).

ولأحكام الرقابة على الأجهزة التي تمارس نشاط التأمين في الدولة أوجب القانون على الوزارة أن تعد خلال شهر يونيو من كل سنة تقريراً عن نشاط التأمين في الدولة عن السنة المالية المنتهية، وأوجب عليها أن تحيل هذا التقرير خلال شهر سبتمبر من كل سنة إلى اللجنة العليا للتأمين لإبداء ملاحظاتها عليه (م ٧).

كما أوجب على شركات التأمين أن تمسك سجلات وحسابات نص عليها في المواد من ٤٧ إلى ٥٠ من القانون، وأوردت اللائحة التنفيذية بياناً مفصلاً لها وكيفية إمساكها وما يجب أن تشتمل عليه من بيانات (المواد من ٣٣ إلى ٣٧).

وأخيراً أوجب أن تراجع حسابات هذه الشركات سنوياً بواسطة مراجع حسابات مقيد في سجل المحاسبين والمراجعين في الدولة، ووفقاً لقواعد وأصول حددها القانون (م ٥١ وم ٥٢) وكل ذلك يسهل على جهات الرقابة المسؤولية مهمتها في التحقق من مدى التزام شركات التأمين بالمقتضيات التي يفرضها عليها القانون (راجع المواد من ٣٨ إلى ٤٢ من اللائحة التنفيذية للقانون).

(جـ) قيد شركات التأمين :

لا يجوز لأية شركة حصلت على ترخيص بإنشائها أو بمزاولة العمل، أن تباشر عمليات التأمين في الدولة ما لم تقيد في سجل شركات التأمين بوزارة الاقتصاد والتجارة ويجب أن يقدم طلب القيد خلال ستة أشهر على الأكثر من تاريخ الحصول على الترخيص إلى الوزارة وإلا اعتبر الترخيص ملغي (م ١٤) ويصدر بتنظيم القيد في السجل قرار من الوزير.

وأوجب القانون على طالب القيد أن يرفق بطلبه نسخة من عقد تأسيس الشركة ونظامها الأساسي مصدقاً عليهما من الجهات المختصة، ووثيقة مصدقة تثبت أن رأس مالها لا يقل عن القدر المنصوص عليه في المادة (١٢) من القانون، وشهادة بإيداع الأموال المنصوص عليها في المادة (٤١) من القانون إلى جانب بيانات تتعلق بفروع التأمين التي ترغب الشركة في مباشرتها والشروط العامة لعمليات التأمين والأسس الفنية التي تقوم عليها، والمزايا والقيود والشروط التي تشملها وثائق التأمين التي تصدرها، وأسس وأسعار عمليات التأمين وشهادة من خبير في رياضيات التأمين على الحياة بأن أسس ومزايا وقيود عمليات التأمين سليمة وصالحة للتنفيذ وجدول قيمة استرداد العقود أو تخفيضها، إذا تعلق نشاط الشركة بالتأمين على الحياة أو الادخار وتكوين الأموال أو التأمين من الحوادث والمسؤولية. وأخيراً أوجب القانون أن ترفق الشركة نموذجاً من كل نوع من أنواع عقود التأمين التي تصدرها ووثيقة مصدقة تبين اسم مدير الشركة وعنوانه وما يفيد تخويله إداراتها وتوقيع عقود التأمين عن الشركة. ويجب إبلاغ الوزارة عند إبدال المدير بغيره أو بتعديل صلاحياته خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ الإبدال أو التعديل (م ١٥).

ومتى توافرت شروط القيد السابقة، تقوم الوزارة بقيد الشركة في السجل وتعطي شهادة بذلك وتنشره في الجريدة الرسمية، ويجب أن يجدد القيد سنوياً قبل شهر من تاريخ انتهاء صلاحية شهادة القيد (م ١٦).

وقد أوضح القانون الحالات التي يكون فيها للوزارة رفض طلب القيد (م ١٧)[٦٩]، وطريقة التظلم من قرارها أمام لجنة الرقابة المنصوص عليها في المادة (٥) من القانون وطريقة الفصل في التظلم (م ١٨)[٧٠].

وعلى شركة التأمين أن تخطر الوزارة بكل تعديل أو تغيير على بيانات طلب القيد أو مستنداته خلال ٣٠ يوم من تاريخ التعديل مع المستندات والوثائق. وأجاز القانون للوزارة أن ترفض طلب التعديل مع بيان الأسباب، وأجاز للشركة التظلم من هذا الرفض أمام لجنة الرقابة (م ٢٠ وم ٢١).

وعلى الوزارة شطب قيد الشركة بقرار من الوزير في الأحوال الآتية:

١ ـ إذا توقفت الشركة عن مزاولة أعمالها في الدولة.

٢ ـ إذا صدر قرار بالموافقة على تحويل العقود التي أصدرتها الشركة إلى شركة أخرى عن كل العمليات التي زاولتها بالدولة.

٣ ـ إذا صدر حكم بإشهار إفلاس الشركة أو تصفيتها.

٤ ـ إذا تبين أن قيد الشركة قد تم دون وجه حق.

إلا أنه يجب قبل صدور قرار الشطب إخطار الشركة بكتاب مسجل لتقديم أوجه دفاعها كتابة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإخطار. وإذا لم تقدم الشركة دفاعها خلال الموعد المذكور أو لم تقتنع الوزارة بدفاعها يصدر الوزير قراراً مسبباً بشطب القيد كلياً أو جزئياً (م ٢٢).

وقد أجاز القانون للشركة أن تتظلم من قرار شطب قيدها أمام لجنة الرقابة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطارها بالقرار، وعلى لجنة الرقابة البت في التظلم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه إليها ويكون القرار الصادر في هذا الشأن نهائياً.

ولا يترتب على قرار الشطب إثاره إلا بعد صيرورته نهائياً أما بعدم التظلم منه في الميعاد أو برفض التظلم. وقد بين القانون الآثار التي تترتب على القرار النهائي بشطب قيد الشركة (م ٢٤). أهمها وقف الشركة عن مباشرة العمل في فروع التأمين الصادر في شأنها قرار الشطب. وتصفية أعمالها وفقاً للقواعد التي تقررها اللجنة العليا للتأمين. ولا يجوز للشركة أن تتصرف في أموالها أو الضمانات المقدمة منها إلا بعد اتباع الإجراءات المنصوص عليها في القانون[٧١].

وقد أعطى القانون للوزير السلطة بوقف الشركة عن قبول أعمال جديدة لمدة لا تتجاوز ستة أشهر على ألا يخل ذلك بالتزاماتها السابقة في حالات نص عليها (م ٢٥)[٧٢].

وأخيراً أوجب القانون على شركات التأمين أن تثبت رقم قيدها وتاريخه في كل ما يصدر عنها من أوراق أو وثائق أو نشرات (م ٢٦)، ولكل ذي مصلحة أن يطلع على بيانات الشركة المقيدة في سجل شركات التأمين وما صدر بشأنها من قرارات وأن يحصل على مستخرجات منها (م ٢٨).

(د) وكلاء التأمين :

المقصود بوكلاء التأمين أو وسطاء التأمين كل من يتوسط أو يعرض أو يبرم عقد تأمين لحساب شركة تأمين مقيدة في سجل شركات التأمين بالدولة، نظير مرتب أو مكافأة أو عمولة. ولا يعتبر وكيلاً في تطبيق أحكام القانون مرجو أو بائعوا التأمين العاملون لدى شركات ووكلاء التأمين (م ٣٠).

وقد دعت إلى وجود هذه الطائفة من الوسطاء ضرورة تبصير الجمهور عن طريقهم بحقيقة عملية التأمين وما يترتب عليها من نفع. والعقد الذي يربط وكلاء التأمين بشركة

التأمين هو مزيج من عقد الوكالة وعقد المقاولة[٧٣]. ولا يجوز لهؤلاء الوكلاء مباشرة نشاطهم ما لم يكونوا مقيدين في سجل وكلاء التأمين بالوزارة. ويقدم طلب القيد في سجل وكلاء التأمين إلى الوزارة وفقاً للشروط والأوضاع التي يصدر بها قرار من الوزير[٧٤]، ويجب تجديد القيد سنوياً (م ٣).

ويشترط فيمن يقيد إسمه في سجل وكلاء التأمين أن يكون متمتعاً بجنسية الدولة، وأن يكون محمود السيرة حسن السمعة لم يسبق الحكم عليه في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة، وألا تقل سنه عن ٢١ سنة ميلادية، وأن يكون كامل الأهلية، وألا يكون محكوماً بإشهار إفلاسه، ما لم يكن قد رد إليه اعتباره، وأخيراً أن يزاول عمله في مقر دائم (م ٣٢).

ولا يجوز لشركات التأمين أن تستخدم وكلاء غير مقيدين في السجل، وعلى هذه الشركات أن تمسك سجلاً خاصاً تثبت فيه اسم وعنوان كل وكيل يتوسط في إجراء عمليات التأمين لحسابها.

(هـ) خبراء الكشف وتقدير الأضرار:

يقصد بهم في حكم قانون شركات ووكلاء التأمين، كل من يزاول الكشف على الأضرار الحادثة في موضوع التأمين وتقديرها. ولا يجوز لأحد أن يزاول هذه المهنة ما لم يكن إسمه مقيداً في سجل خبراء الكشف وتقدير الأضرار بالوزارة (م ٣٧). وقد نص القانون على أن تنظيم القيد بهذا السجل يصدر بقرار من الوزير بعد أخذ رأي اللجنة العليا للتأمين.

ويلاحظ أن القانون أجاز لشركات التأمين أن تستعين بخبراء من غير المقيدين في السجل في الحالات التي تقتضي خبرة فنية خاصة، وعليها في هذه الحالات أن تخطر الوزارة بذلك.

(و) العقوبات على مخالفة قواعد التسجيل والقيد:

نص القانون في المواد من ٧٠ إلى ٧٥ على عقوبات جنائية تتراوح بين الحبس والغرامة على ممارسة نشاط التأمين قبل القيد في سجل شركات التأمين، وكذا على من يباشر عمليات التأمين كوكيل تأمين لحساب شركات مقيدة ودون أن يكون مقيداً في سجل وكلات التأمين. أو يباشر عمله كخبير كشف وتقدير الأضرار قبل القيد في السجل. وتضاعف العقوبات في حالة تكرار المخالفة.

ويعاقب بالغرامة كل من يتأخر في تقديم البيانات الواجب تقديمها وفقاً للقانون، وكل من يمتنع عن تقديم الدفاتر والأوراق والمستندات لمندوبي الوزارة الذي لهم حق الاطلاع عليها وفقاً للقانون.

ويعاقب بالغرامة أيضاً، كل من عقد أو عرض باسم شركة خاضعة لأحكام هذا القانون لعمليات تأمين على الحياة على خلاف الأسعار والشروط المبلغة إلى الوزارة (م ٧٥).

وأخيراً يعاقب بالحبس والغرامة كل إقرار أو إخفاء متعمد بقصد الغش في البيانات أو في المحاضر أو الأوراق التي تقدم للوزارة أو التي تصل إلى علم الجمهور.

المبحث

الالتزامات التي فرضها القانون على شركات التأمين لضمان مواجهتها لالتزاماتها التأمينية

تعداد: فرض قانون شركات ووكلاء التأمين ثلاث التزامات رئيسية على شركات التأمين لضمان مواجهتها لالتزاماتها التأمينية، وحتى يتمكن عملاء التأمين من الحصول على حقوقهم وهذه الالتزامات تتعلق بإعادة التأمين، وإيداع ودائع في أحد المصارف العاملة في الدولة كضمان لقيامها بالتزاماتها وأخيراً الاحتفاظ باحتياطيات (أنظر المواد من ٣٩ ـ ٤٦ من القانون الاتحادي رقم (٩) لسنة ١٩٨٤ المذكور). وسنعرض لها على التوالي:

أولاً: إعادة التأمين:

نظرة عامة ـ مزاياه[١]: يعد إعادة التأمين وسيلة فعالة توفر اطمئناناً معقولاً إلى قدرة شركات التأمين على الوفاء بالتزاماتها قبل المؤمن لهم، وحتى يطمئن هؤلاء إلى ملاءة الشركة وإلى أن حقوقهم في ذمتها مكفولة[٧٥].

وعمليات التأمين ـ كما بينا ـ تقوم على أسس فنية تستند إلى تقدير الاحتمالات وفقاً لقوانين الإحصاء وقانون الكثرة، مما يجعل التأمين بعيداً عن المقامرة. إلا أن تقدير الاحتمالات وفقاً لقوانين الإحصاء وقانون الكثرة، لا يعطي إلا مجرد احتمالات، تتفق مع الواقع على نحو تقريبي، ولا تقي شركات التأمين من خطر احتمال الخطأ ووجود فروق، مما قد يؤدي إلى اختلال التوازن في شركات التأمين.

ولتفادي ذلك الاحتمال تلجأ شركات التأمين إلى إعادة التأمين. وقد نص قانون شركات ووكلاء التأمين في المادة ٣٩ على أنه:

«للوزير إذا ما اقتضت المصلحة العامة ذلك، أن يلزم شركات التأمين الخاضعة لأحكام هذا القانون أن تعيد التأمين على جزء من عمليات التأمين المباشر التي تعقدها في الدولة لدى شركات إعادة التأمين الوطنية التي يعينها بقرار منه.

وتكون إعادة التأمين وفقاً للأسس والقواعد التي يحددها الوزير بقرار منه بعد أخذ رأي اللجنة العليا للتأمين.

ولا تسري هذه المادة على عمليات الادخار وتكوين الأموال المنصوص عليها في البند (٢) من المادة (٣) من هذا القانون.

ولا يجوز تأسيس شركات إعادة التأمين في الدولة إلا بموجب مرسوم اتحادي بناء على اقتراح الوزير وموافقة مجلس الوزراء».

معنى ما تقدم أن إعادة التأمين قد تكون اختيارية، وقد تكون إجبارية - إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك[٧٦] - بقرار من الوزير بناء على القانون الذي يوجب أن تكون شركة إعادة التأمين وطنية ويعينها قرار الوزير. وقد تتحقق صورة أخرى لإعادة التأمين الإجبارية في الحالة التي يتفق فيها المؤمن مع المؤمن المعيد على إعادة التأمين ليس بالنسبة لوثيقة تأمين بالذات، ولكن بالنسبة لنوع من الوثائق كوثائق التأمين من الحريق أو التأمين على الحياة أو التأمين من المسؤولية التي عقدها أو سيعقدها في المستقبل، أي الوثائق من نوع معين الموجودة أو التي ستوجد في المستقبل. فيقال هنا إن إعادة التأمين إجبارية، لكن ليس بمعنى أن القانون يلزم بإعادة التأمين، لكن بمعنى أن الاتفاق السابق العام المبرم بين المؤمن والمؤمن المعيد هو الذي يجبر كلا الطرفين على إعادة التأمين بالنسبة لنوع معين من أنواع التأمين، بحيث يلزم إعادة التأمين تلقائياً على أية وثيقة تدخل في هذا النوع، وبالشروط المدونة في الاتفاق العام لإعادة التأمين.

وبهذه المثابة تكون إعادة التأمين إجبارية، وإن كان هذا الإجبار مرده تراضي المؤمن والمؤمن المعيد في الاتفاق العام[٧٧].

وإعادة التأمين تجعل المؤمن أكثر استعداداً لقبول التأمين على كافة المخاطر التي يعرض عليه التأمين ضدها دون خشية تعرضه لكارثة مالية نتيجة الخطأ في تقدير الاحتمالات، ذلك لأن المؤمن المعيد يتحمل معه جزء من هذه المخاطر.

ومن ناحية أخرى، قد يلجأ المؤمن إلى إعادة التأمين إذا أراد التوقف عن نشاطه في كلياً أو جزئياً، وبذلك يضمن الاستمرار في الوفاء بالتزاماته قبل المؤمن لهم.

وفي جميع الأحوال تحقق عمليات إعادة التأمين ربحاً صافياً للمؤمن نتيجة أن ما يحصل عليه من أقساط يزيد عن الأقساط التي يدفعها للمؤمن المعيد[٧٨].

وعملية إعادة التأمين يمكن أن تقتصر على الشركات الوطنية، ويمكن أن يمارس على صعيد دولي، فتكون المقاصة في المخاطر على صعيد دولي مما يجعل تقدير الاحتمالات أقرب إلى الحقيقة.

ونلفت النظر أنه إذا كان نص الفقرة الأخيرة من المادة ٣٩ من القانون الاتحادي لشركات ووكلاء التأمين قد جعل تأسيس شركات اعادة التأمين في الدولة بموجب

مرسوم اتحادي بناء على اقتراح الوزير وموافقة مجلس الوزراء، وإن الفقرة الأولى من هذه المادة قد جعلت اعادة التأمين الإجباري لدى شركات تأمين وطنية يحددها قرار الوزير، إلا أن ذلك لا يعني قصر عمليات إعادة التأمين في الدولة على الشركات الوطنية، إذ لا يوجد ما يمنع قانوناً من إعادة التأمين لدى الشركات الأجنبية أو الدولية العاملية داخل الدولة في غير عمليات التأمين الإجباري المنصوص عليها في المادة ٣٩.

التعريف بإعادة التأمين - وبيان صوره :

يعتبر نظام إعادة التأمين حديث النشأة في نطاق الدراسة القانونية، ولم يلق عناية فقه القانون إلا بعد ذيوع وانتشار التأمين. وذلك لا يعني أن ظهور إعادة التأمين كان متأخراً على ظهور التأمين نفسه، بل كان مصاحباً له، وإن لم يكن قائماً على أسس فنية صحيحة. لذلك كان أقرب إلى الرهان والمقامرة، وحرمته إنجلترا سنة ١٧٤٦ حتى سنة ١٨٦٤، ولم يبدأ في الانتشار إلا في أوائل القرن التاسع عشر مع ذيوع نظام التأمين نفسه(٧٩).

ويعرف إعادة التأمين بأنه «عقد بين المؤمن المباشر والمؤمن المعيد بموجبه يحول الأول للثاني جزءاً من المخاطر التي يتحملها في نظير مقابل معين، مع بقاء المؤمن هو المدين وحده للمؤمن لهم»(٨٠).

ويلاحظ أن كلا من قانون المعاملات المدنية والقانون التجاري البحري من ناحية، وقانون شركات ووكلاء التأمين من ناحية أخرى، لم يتعرضوا لتعريف إعادة التأمين، كما أن عقد إعادة التأمين ليس من بين عقود التأمين التي نظمها قانون المعاملات المدنية.

وقد بينا أن الحيطة الواجبة هي التي تملي على المؤمن أن يعيد التامين، وبخاصة في تأمين الأضرار متى كانت المخاطر التي يضمنها كبيرة القيمة تجاوزت طاقته، فيحمي نفسه من خطر الفرق، الذي يتحقق بسبب الخطأ في تقدير الاحتمالات طبقاً لقواعد الإحصاء وقانون الكثرة، وبذلك يتحمل المؤمن المعيد جزءاً من المخاطر المؤمن ضدها أو كل المخاطر في بعض الأحيان(٨١).

وقد يرى المؤمن المعيد أنه قد جاوز طاقته في إعادة التأمين، فيعيد بدوره التأمين عند مؤمن ثان، وهذا ما يسمى بإعادة التأمين من جانب المؤمن المعيد الذي يمكن أن يعرف بأنه : «عقد بين المؤمن المعيد الأول والمؤمن المعيد الثاني، بموجبه يحول الأول للثاني جزءاً من المخاطر التي تحمل إعادة تأمينها، وذلك نظير مقابل معين». ولا يختلف إعادة التأمين من جانب المؤمن المعيد مع إعادة التأمين في الطبيعة والتكوين والآثار، فهو ليس إلا إعادة تأمين من الدرجة الثانية(٨٢).

ولم يتعرض قانون شركات ووكلاء التأمين الاتحادي لإعادة التأمين من جانب

المؤمن المعيد أي إعادة التأمين من الدرجة الثانية، كما أنه لم يتعرض للصور التي تتخذ في إعادة التأمين. وندع جانباً دراسة إعادة التأمين من جانب المؤمن المعيد باعتبارها عملية قانونية ثانوية، ونقتصر على عرض الصور الأساسية لإعادة التأمين باعتباره العملية الجوهرية، وهي:

١ ـ إعادة التأمين بالمحاصة:

ويمكن ذلك في صورة اتفاق بين المؤمن مع المؤمن المعيد على أن يشترك هذا الأخير معه في جميع عمليات التأمين التي يقوم بها، أو في مجموع العمليات الخاصة بنوع من أنواع التأمين، وذلك بنسبة معينة يتفق عليها. كأن يتفق المؤمن المعيد مع المؤمن على أن يشاركه في ضمان وثائق التأمين التي يعقدها في نوع معين بنسبة الربع مثلاً، بحيث يكون نصيبه من الأقساط في الوثائق المبرمة في حدود الربع. وإذا وقعت الكارثة يغطى ربع التعويضات التي يجب على المؤمن المباشر دفعها للمؤمن له.

وإعادة التأمين بالمحاصة، يعد أبسط صور إعادة التأمين، ويمارس عادة في شركات التأمين ذات العمليات غير الكبيرة أو تلك حديثة النشأة قليلة الخبرة، فتنتفع بخبرة المؤمن المعيد في جميع عملياتها أو في نوع منها، كما تجد شريكاً قوياً يتحمل معها الخسارة، خصوصاً عندما تكون العمليات كبيرة القيمة[٨٣]. فتكون المحاصة ذات نفع كبير للمؤمن.

لكن يعاب على هذه الصورة، أنها قد لا تؤدي إلى تحقيق الغرض من إعادة التأمين، وقد تكون غير مجدية وغير مفيدة، وذلك في العمليات محدودة القيمة التي يستطيع المؤمن أن يتحمل مخاطرها وحده، فيشاركه المؤمن المعيد في الأقساط[٨٤]. فيكون ذلك بمثابة خسارة للمؤمن، فضلاً عن أن هذه الصورة لا توفر للمؤمن المباشر ألا تغطيه نسبية، إذ يظل متحملاً لباقي الخطر الذي قد يكون كبيراً يهدده بخسارة فادحة.

٢ ـ إعادة التأمين فيما جاوز حد الطاقة:

وهذه الصورة أوسع انتشاراً من الصورة السابقة لأنها تعالج العيوب الموجودة فيها[٨٥]، إذ يقتصر فيها المؤمن المباشر على إعادة التأمين على العمليات التي تجاوز قدر طاقته، فلا يؤمن على جميع عملياته أو على نوع منها، بل يفرق بين العمليات التي في وسعه تحمل مخاطرها دون مشقة، وتلك التي تجاوز حدود طاقته ولا يؤمن إلا على الأخيرة.

ويذيع انتشار هذه الصورة في التأمين ضد الحريق، وفي التأمين البحري، وفي التأمين من المسؤولية، والتأمين ضد السرقة[٨٦].

٣ ـ إعادة التأمين فيما جاوز حداً معيناً من الكوارث :

ويكون إعادة التأمين في هذه الصورة بالنسبة لكل وثيقة على حدة فيما يجاوز حداً للتعويض الذي يمكن أن يدفعه إذا تحققت الكارثة . فإذا زاد التعويض عن هذا الحد ، فإن المؤمن المعيد يتحمل الزيادة . وتمارس هذه الصورة خاصة في التأمين من المسؤولية ، وتسمى إعادة التأمين من الخطر التالي .

وقد لا يقع إعادة التأمين في هذه الصورة على كل وثيقة على حدة ، ولكن يكون بالنسبة لجميع العمليات التي أبرمها المؤمن ، فإذا زاد مجموع ما يدفعه المؤمن المباشر من تعويضات عن حد أقصى متفق عليه في حالة تحقق الكارثة ، فإن المؤمن المعيد هو الذي يتحمل الزيادة . وفي هذه الصورة لا يحسب القسط الذي يدفعه المؤمن المباشر للمؤمن المعيد بالنسبة لكل خطر على حدة ، وإنما يتحدد بطريقة عامة بالنسبة لجميع الوثائق .

وأخيراً قد يقسم المؤمن عملياته إلى مجموعات ، يضع لكل مجموعة منها حداً معيناً من التعويضات يتحمله ، وما يتجاوز ذلك فإن المؤمن المعيد هو الذي يتحمله . فمثلاً في التأمين ضد الحريق يمكن أن يقسم المؤمن عملياته إلى مجموعات (منازل ـ متاجر ـ مصانع ـ أو إلى إحياء يشتد فيها خطر الحريق وأخرى يكون فيها خطر الحريق عادياً) ثم يضع لكل مجموعة حداً يتحمله ، فإذا وقت الكارثة في مجموعة أو أكثر ، ولم يتجاوز التعويض هذا الحد ، فإن المؤمن المباشر يتحمله ولا يرجع على المؤمن المعيد بشيء . أما إذا تجاوزت قيمة التعويض ذلك ، فإنه يرجع على المؤمن المعيد بمقدار الزيادة .

٤ ـ إعادة التأمين فيما يجاوز حداً معيناً من الخسارة :

يأخذ إعادة التأمين هنا صورة اتفاق بين المؤمن والمباشر والمؤمن المعيد على نسبة معينة من مجموع الأقساط التي يتقاضاها في فرع معين من فروع التأمين ويجعلها حداً لمجموع التعويضات التي يدفعها في هذا النوع من التأمين خلال العام بأكمله ، بحيث إذا لم تتجاوز هذا الحد فإن المؤمن المباشر يتحملها كلها ، أما إذا زادت فإن المؤمن المعيد يتحمل الزيادة فقط .

وتتميز هذه الصورة عن الصورة السابقة في أن التزام المؤمن المعيد يتحرك إذا تجاوز التعويض حداً أقصى بالنسبة إلى جميع الموارث التي تقع ، كبرت أو صغرت . في فرع معين من فروع التأمين ، ويكون الحد الأقصى للتعويضات التي يتحمل بها المؤمن المباشر عبارة عن نسبة مئوية من مجموع الأقساط التي يتقاضاها في هذا الفرع من التأمين . أما في التأمين فيما يجاوز حداً أقصى من الكوارث ، فينظر فيه إلى كل كارثة على حدة ، وإذا تناول مجموعة من الكوارث فهو مبلغ معين أو حد أقصى من مبلغ

المؤمن المعيد في جميع عملياتها أو في نوع منها، كما تجد شريكا قويا يتحمل معها الخسارة، خصوصاً عندما تكون العمليات كبيرة القيمة[٨٣]. فتكون المحاصة ذات نفع كبير للمؤمن.

لكن يعاب على هذه الصورة، أنها قد لا تؤدي إلى تحقيق الغرض من إعادة التأمين، وقد تكون غير مجدية وغير مفيدة، وذلك في العمليات محدودة القيمة التي يستطيع المؤمن أن يتحمل مخاطرها وحده، فيشاركه المؤمن المعيد في الأقساط[٨٤]. فيكون ذلك بمثابة خسارة للمؤمن، فضلاً عن أن هذه الصورة لا توفر للمؤمن المباشر ألا تغطيه نسبية، إذ يظل متحملاً لباقي الخطر الذي قد يكون كبيراً يهدده بخسارة فادحة.

٢ ـ إعادة التأمين فيما جاوز حد الطاقة:

وهذه الصورة أوسع انتشاراً من الصورة السابقة لأنها تعالج العيوب الموجودة فيها[٨٥]، إذ يقتصر فيها المؤمن المباشر على إعادة التأمين على العمليات التي تجاوز قدر طاقته، فلا يؤمن على جميع عملياته أو على نوع منها، بل يفرق بين العمليات التي في وسعه تحمل مخاطرها دون مشقة، وتلك التي تجاوز حدود طاقته ولا يؤمن إلا على الأخيرة.

ويذيع انتشار هذه الصورة في التأمين ضد الحريق، وفي التأمين البحري، وفي التأمين من المسؤولية، والتأمين ضد السرقة[٨٦].

الاموال، بإيداع وديعه مقدارها مليوني درهم، ويجب إيداع مليون درهم عن كل فرع من فروع التأمين الأخرى المنصوص عليها في المادة ٣ من القانون سالف الذكر، وهي تأمين الحوادث والمسؤولية، التأمين من الحريق، التأمين من أخطار النقل البري والبحري والجوي، بحيث لا يزيد المجموع على ثلاثة ملايين درهم كحد أقصى عن هذه الفروع (م ٤١/١ و٢) ويجوز بقرار من الوزير زيادة مبالغ الوديعة.

وتكون الوديعة على شكل نقود أو ما يعادلها من أسهم وسندات لشركات مؤسسة في الدولة أو رهن لعقار موجود فيها، وذلك كله بشرط موافقة الوزير.

وتوضع الوديعة في أحد المصارف المعتمدة في الدولة باسم الشركة ولأمر الوزير بصفته، أما الرهن العقاري فيؤشر على قيده في الدائرة المختصة بقيد الرهون بما يفيد ذلك وتزود الوزارة بشهادة رسمية بذلك. وتكون عوائد الوديعة النقدية إن وجدت محررة لحساب الشركة، ويجوز بموافقة الوزير أن تستبدل بالوديعة كلها أو بعضها أي شكل آخر من أشكال الوديعة الواردة في المادة ٤١ المذكورة بشرط ألا تقل قيمتها عن الحد القانوني للوديعة وقت الاستبدال.

وقد نصت المادة ٤٢ من القانون سالف الذكر على أنه لا يجوز التصرف في الوديعة

إلا بإذن كتابي من الوزير أو من يخوله، وللمحكمة المختصة أن تأمر بحجز الوديعة لديون ناتجة عن أعمال التأمين التي تقوم بها الشركة، ولا يجوز الأمر بحجزها لديون أخرى.

وإذا نقصت الوديعة عن الحد المقرر قانوناً بسبب هبوط قيمة الأسهم والسندات أو العقارات أو توقيع الحجز عليها أو على بعضها أو لأي سبب آخر، يجب على الوزارة أن تطلب من الشركة تكملتها، وعلى الشركة تنفيذ ذلك خلال مدة أقصاها ستون يوماً من تاريخ طلب تكملة الوديعة.

وأخيراً لا يجوز للمصرف أن يتصرف في الوديعة بأي وجه من الوجوه إلا بمقتضى حكم قضائي نهائي أو بإذن كتابي من الوزير، كما لا يجوز للجهات المختصة بالتسجيل العقاري أن ترفع التأشيرة بقيد الرهن العقاري الموضوع وديعة إلا بإذن كتابي من الوزير (م ٤٣).

ثالثاً: الاحتفاظ باحتياطيات:

قرر القانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٤ المذكور ضمانة ثالثة لعملاء التأمين تشمل في الاحتياطيات المختلفة، إذ يجب أن يكون لدى شركات التأمين في كل وقت أصول تفي قيمتها بما قد يكون عليها من التزامات قبل عملائها، لذا فرض القانون عليها في المادتين ٤٤ و٤٥ الاحتفاظ بأموال احتياطية بخلاف الودائع سالفة الذكر. وتجري شركات التأمين عادة - حتى خارج نطاق التزامها القانوني - على إنشاء طائفة من الاحتياطيات تسمى الاحتياطيات الفنية، الغرض منها مواجهة التزاماتها قبل العملاء. ومن أهم هذه الاحتياطيات: الاحتياطي الحسابي احتياطي تكون رأس المال، احتياطي الأقساط المدفوعة مقدماً، وهذه الطائفة من الاحتياطيات تكون إجبارية عادة، إلى جانب احتياطي الحوادث التي لم تتم تسويتها، وكاحتياطي ودائع وكلاء التأمين واحتياطي استهلاك القروض، واحتياطي الديون الحالة... إلى غير ذلك. وتكون هذه الاحتياطيات اختيارية عادة[٩٣].

وقد ألزم القانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٤ شركات التأمين الاحتفاظ بنوعين من الأموال الاحتياطية، إذ قضي في المادة ١/٤٤ بالآتي:

«على الشركات التي تمارس عمليات التأمين في الفرعين المنصوص عليهما في البندين (١ و٢) من المادة (٣) - أي التأمين على الحياة والادخار وتكوين الأموال - أن تحتفظ لديها داخل الدولة بأموال تعادل قيمتها على الأقل كامل مقدار الاحتياطي الحسابي الخاص بالعقود المبرمة داخل الدولة أو التي تنفذ فيها[٩٤]. ويجوز للوزير بعد أخذ رأي اللجنة العليا للتأمين أن يخفض نسبة ما يجب أن تحتفظ به الشركة من هذا الاحتياطي إلى نسبة لا تقل عن ٤٠٪.

ويجب أن تكون هذه الأموال منفصلة تماماً عن الأموال الخاصة بعمليات التأمين الأخرى وعند حساب الاحتياطي المذكور تؤخذ الوديعة التي تلتزم بإيداعها شركات التأمين العاملة في فرعي التأمين على الحياة والادخار وتكوين الأموال بعين الاعتبار، بحيث يعتد بأيهما أكبر (م ٤٤/٢).

كما ألزمت المادة ٤٥ الشركات التي تمارس عمليات التأمين المنصوص عليها في البند (٥) من المادة (٣)، وهي التأمين من أخطار النقل البري والبحري والجوي، أن تحتفظ لديها داخل الدولة بأموال لا تقل قيمتها عن ٢٥٪ من المجموع الإجمالي للأقساط التي استوفتها في السنة السابقة.

كما أوجبت على الشركات التي تمارس عمليات التأمين المنصوص عليها في البنود (٣ و٤ و٦) من المادة (٣) وهي التأمين من الحوادث والمسؤولية، التأمين من الحريق والأنواع الأخرى من التأمين التي لم ينص عليها في القانون - أن تحتفظ لديها داخل الدولة بأموال لا تقل قيمتها عن ٤٠٪ من المجموع الإجمالي للأقساط التي استوفتها في السنة السابقة. ويؤخذ في الاعتبار في هذه الحالة أيضاً عند حساب الاحتياطي المذكور، الوديعة المنصوص عليها في البند (٢) من المادة (٤١) المذكورة بحيث يعتد بأيهما أكبر.

وقد أعطى القانون شركات التأمين العاملة بالدولة وقت نفاذ هذا القانون مهلة قدرها سنة من تاريخ العمل به لإبلاغ أموالها الاحتياطية التي يجب أن تحتفظ بها ما يعادل النسبة سالفة الذكر، ويجوز للوزير بعد أخذ رأي اللجنة العليا للتأمين أن يمد هذه المهلة سنة أخرى.

والأموال التي يحتفظها داخل الدولة بصفة إجبارية - الاحتياطيات أو الودائع - المشار إليها في المواد ٤١ و٤٤ و٤٥ سالفة الذكر، لا يكفي أن تندرج في خصوم ميزانية الشركة بل يجب عملاً بالمادة ٢٦ من اللائحة التنفيذية للقانون، أن تستثمر داخل الدولة على الوجه التالي:

١ - ٢٥٪ على الأقل في ودائع نقدية في المصارف العاملة في الدولة. ويؤخذ في الاعتبار الودائع النقدية التي تم إيداعها تنفيذاً للمادة ٤١ سالفة الذكر.

٢ - ١٠٪ على الأكثر في حساب جاري لدى المصارف العاملة في الدولة.

٣ - ٢٥٪ على الأكثر في أسهم وسندات شركات مساهمة في الدولة إذا كانت القوانين تسمح بذلك.

٤ - ٢٥٪ على الأكثر في أوراق مالية أجنبية سواء أكانت سندات حكومات أجنبية أو أوراق مالية مضمونة منها، أو سندات هيئات دولية، أو أسهم وسندات شركات مساهمة أجنبية يوافق عليها وكيل وزارة الاقتصاد والتجارة على ألا تجاوز قيمة الأموال الموظفة ٤٠٪ من إجمالي الأموال الموظفة في الأوراق المالية الأجنبية.

٥ - الباقي في سندات تصدرها حكومة الدولة أو مضمونة منها أو في عقارات مبنية في الدولة أو في قروض مضمونة برهن من الدرجة الأولى على عقارات مبنية في الدولة على ألا يزيد مبلغ القرض على ثلثي القيمة المقدرة للعقار وفقاً لتقارير الخبراء كل ذلك بشرط أن تسمح القوانين، أو في قروض على وثائق التأمين على الحياة في حالة الشركات التي تزاول عمليات التأمين على الحياة والادخار وتكوين الأموال على ألا يزيد مبلغ القرض عن قيمة استرداد الوثيقة.

وقد أوجبت المادة ٢٩ من اللائحة التنفيذية على كل شركة تأمين أن ترهن لصالح الوزير بصفته العقار الذي يكون جزءاً من الأموال الواجب الاحتفاظ بها داخل الدولة سواء كوديعة أو كاحتياطي وفقاً للمواد ٤١، ٤٤، ٤٥ من القانون الاتحادي رقم (٩) لسنة ١٩٨٤ والمادة ٢٦ من لائحته التنفيذية، وأن تؤشر لدى الدائرة المختصة بالتسجيل العقاري بعدم التصرف في هذا العقار أو العقارات الأخرى المرهونة ضماناً لقروض إلا بإذن كتابي من الوزير أو من يخوله.

ومما تقدم يتضح لنا الدور الهام الذي يمكن أن تؤديه الودائع والاحتياطيات التي يجب الاحتفاظ بها داخل الدولة - في خدمة الاقتصاد الوطني وضمان التزام شركات التأمين بالتزاماتها التأمينية، وكل ذلك جعل عملية التأمين أمراً فنياً معقداً لا تمارسه إلا الشركات الكبيرة ذات القدرات المالية والخبرة الفنية العالية.

خــــاتمــة :

بعد أن ألقينا بعض الضوء على نشأة التأمين وتطوره، ثم التعريف به وبأنواعه المتعددة والوظائف التي يمكن أن يؤديها في الدولة على المستوى الشخصي أو لصالح الاقتصاد الوطني، والهيئات التي يمكن أن تمارسه، ثم على تنظيم الرقابة عليها وإلزامها بضمانات تكفل مواجهتها لالتزاماتها التأمينية.

نأمل بعد هذا العرض الوصفي التحليلي، أن نكون قد حددنا الملامح الأساسية للنظام الداخلي للتأمين في دولة الإمارات العربية المتحدة سواء في إطار النظرية العامة للتأمين والأسس الفنية التي تقوم عليها، أو في إطار التنظيم التشريعي المعمول به في الدولة.

أ. د. / فتحي عبد الرحيم عبد الله

هوامـــش

(١) انظر الدكتور عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط جزء ٧ المجلد الثاني طبعة ١٩٦٤، ص ١٠٩١، وانظر ـ د. مصطفى أحمد الزرقاء ـ نظام التأمين ـ حقيقته والرأي الشرعي فيه. مؤسسة الرسالة ١٩٨٤، ص ١٩.

(٢) الجريدة الرسمية الاتحادية العدد ١٣٧ ـ السنة ١٤. ابريل ١٩٨٤.

(٣) الجريدة الرسمية الاتحادية العدد ٩٨ ـ السنة ١١ نوفمبر ١٩٨١.

(٤) الجريدة الرسمية العدد ١٥٨ ـ السنة ١٥. ديسمبر ١٩٨٥.

(٥) في نشأة التأمين وتطوره انظر: هيمار (جوزيف) في التأمين البري نظرياً وعملياً، ١٩٢٤ ـ ١٩٢٥ جزئين انظر الجزء الأول ص ١٤٦ وما بعدها، وانظر الدكتور السنهوري ـ المرجع السابق ص ١٠٩٦ وما بعدها، والدكترو مصطفى الزرقاء المرجع السابق ص ٤١ وما بعدها، والدكتور عبد المنعم البدراوي ـ التأمين ١٩٦٣، ص ٢٩ وما بعدها.

(٦) بيكار وبيسون ـ التأمين البري في القانون الفرنسي ـ جزئين طبعة ١٩٧٥ ـ انظر الجزء الأول ص ٣ وما بعدها، وانظر الدكتور السنهوري ـ المرجع السابق ص ١٠٩٦ وما بعدها.

(٧) الدكتور مصطفى الزرقاء ـ ص ٤١.

(٨) انظر بيكار وبيسون ـ المرجع السابق، والدكتور عبد الودود يحي ـ التأمين على الحياة ـ ١٩٦٤ ص ٧.

(٩) دكتور أبو زيد عبد الباقي ـ التأمين (المبادىء العامة ـ عقد التأمين) مكتبة الجلاء المنصورة ص ١٣.

(١٠) السنهوري ـ المرجع السابق ص ١٠٩٧.

(١١) انظر الدكتور أبو زيد عبد الباقي ـ التأمين من المسؤولية المدنية من حوادث السير، دراسة مقارنة بين النظامين المصري والفرنسي ـ رسالة دكتوراه حقوق القاهرة ١٩٧٥ (على الآلة الناسخة).

(١٢) دكتور مصطفى الزرقاء ص ٤٢.

(١٣) في شرعية التأمين واعتباره أمراً جديداً لا نص عليه في الشريعة الإسلامية ـ انظر الدكتور مصطفى الزرقاء ـ المرجع السابق، والدكتور غريب الجمال ـ التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون ١٩٧٥، دكتور برهان عطا الله ـ التأمين وشريعة الإسلام، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة سنة ١٩٦٢ العدد الثالث ص ٧٨ وما بعدها. وانظر المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية في عقد التأمين. وانظر الدكتور عيسى عبده ـ التأمين بين الحل والتحريم ١٩٧٨.

(١٤) انظر التعليق على التعريف الوارد بالمادة ٧٤٧ مدني مصري (م ٧١٣ سوري) ـ السنهوري ـ المرجع السابق بند ٥٤٢.

(١٥) الدكتور محمد علي عرفة - شرح القانون المدني الجديد (التأمين والوكالة والصلح والوديعة والحراسة) ١٩٤٩ - ص ١١.

(١٦) هيمار (جوزيف) - ج ١ السالف الذكر ص ٧٣.

(١٧) ويؤيد هذا التعريف جمهور الفقهاء في مصر وفرنسا، انظر السنهوري - المرجع السابق ص ١٠٩٠، وبيكار وبيسون - المرجع السابق بند ١، ود. محمد علي عرفة - المرجع السابق ص ١٠.

(١٨) أنظر في جمعيات التأمين التبادلية. السنهوري المرجع السابق بند ٥٤٨، ومصطفى الزرقاء المرجع السابق ص ١٢٣ وما بعدها.

بيكار وبيسون - المرجع السابق بند ٢٠، وانظر هيمار - المرجع السابق ص ٩٧.

(١٩) دكتور أبو زيد عبد الباقي - المرجع السابق ص ٣٣ وما بعدها.

(٢٠) انظر قانون التأمين الاجتماعي المصري رقم (٧٩) لسنة ٩٧٥ المعدل بالقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٧٧، وقارن القانون الاتحادي رقم (١٣) لسنة ١٩٨١ في شأن الضمان الاجتماعي بدولة الإمارات العربية المتحدة، وقانون العمل الاتحادي رقم (٨) لسنة ١٩٨٠.

(٢١) انظر مؤلفنا في قانون العمل والتأمينات الاجتماعية (١٩٨٣)، ص ٦.

(٢٢) في التعريف بالتأمين البحري - بيكار وبيسون - المرجع السابق بند ١٨.

(٢٣) السنهوري - المرجع السابق ص ١١٥٨.

(٢٤) انظر في تفصيل ذلك: الدكتور عبد المنعم البدراوي - المرجع السابق بند ١٩٠ وما بعده، الدكتور عبد الودود يحي - المرجع السابق ص ٥٤ وما بعدها، وبيكار وبيسون - المرجع السابق، بند ٤٥٢ وما بعده، السهنوري - المرجع السابق ص ١٣٨٩.

(٢٥) انظر في الصور المختلفة للتأمين المختلط - السنهوري - المرجع السابق ١٣٩٩ وما بعدها.

(٢٦) المرجع السابق ص ١٤٠٢ - ١٤٠٣.

(٢٧) المرجع السابق - ص ١٤٠٣ وما بعدها.

(٢٨) انظر الدكتور توفيق حسن فرج - أحكام الضمان (التأمين) في القانون اللبناني ١٩٧٥، ج ١ بند ١٣٩، وقارن السنهوري - المرجع السابق ص ١٣٧٩ وما بعدها.

(٢٩) انظر بحث الدكتور أبو زيد عبد الباقي - الصفة التعويضية في تأمين الأضرار، دراسة في القانون المصري والفرنسي - المحاماة، العددان السابع والثامن، السنة التاسعة والخمسون سبتمبر / أكتوبر ١٩٧٩.

(٣٠) وذهب القضاء إلى تقرير حق مباشر للمضرور في ذمة المؤمن بعد تحقق الخطر المؤمن من أجله، دون حاجة إلى نص تشريعي، وذلك على أساس نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، واستناداً إلى أن المؤمن له قصد أن يضمن للمضرور تعويضاً كاملاً ليتخلص من نتائج مسؤوليته. انظر: استئناف مدني رقم ١٩٨٢/١٧٩ محكمة استئناف أبوظبي، منشور في مجلة العدالة، السنة العاشرة ١٩٨٣ العدد ٣٥.

(٣١) انظر في تفصيل ذلك: بيكار وبيسون - المرجع السابق - بند ٣٤٩.

(٣٢) انظر مثلاً - الفصل الخامس من قانون السير والمرور لسنة ١٩٦٨ لإمارة أبوظبي.

(٣٣) في تفصيل ذلك: انظر بحث الدكتور أبو زيد سالف الذكر «الصفة التعويضية..».

(٣٤) الدكتور عبد المنعم البدراوي - المرجع السابق بند ٧٤.

(٣٥) السنهوري - المرجع السابق، بند ٥٤٣.

(٣٦) انظر في هذا المعنى - هيمار (جوزيف) - المرجع السابق بند ٥٣، بيكار وبيسون - المرجع السابق بند ١٠.

(٣٧) السنهوري - المرجع السابق - ص ١٠٩١.

(٣٨) هيمار (جوزيف) - المرجع السابق - بند ٥٤، بيكار وبيسون - المرجع السابق بند ١٠.

(٣٩) الدكتور محمد علي عرفة - المرجع السابق - ص ٦٦، الدكتور عبد المنعم البدراوي - المرجع السابق بند ٧٤.

(٤٠) السنهوري - المرجع السابق - ص ١٠٩٢.

(٤١) انظر في تفصيل ذلك: هيمار (جوزيف) - المرجع السابق بند ٦٩.

(٤٢) الدكتور عبد المنعم البدراوي - المرجع السابق - بند ٧٧، الدكتور محمد علي عرفة - المرجع السابق ص ٧٥.

(٤٣) السنهوري - المرجع السابق - ص ١٠٩٢ وما بعدها.

(٤٤) هيمار (جوزيف) - المرجع السابق بند ٦٤.

(٤٥) دكتور أبو زيد عبد الباقي - المرجع السابق ص ٦٨ وما بعدها.

(٤٦) السنهوري - المرجع السابق ص ١٠٩٣.

(٤٧) هيمار (جوزيف) المرجع السابق، بند ٦٤، والدكتور عبد المنعم البدراوي - المرجع السابق بند ٧٦.

(٤٨) السنهوري - المرجع السابق ص ١٠٩٤.

(٤٩) المرجع السابق - ص ١٠٩٣.

(٥٠) ولا يجوز تأسيس شركات إعادة التأمين في الدولة إلا بموجب مرسوم اتحادي بناء على اقتراح الوزير وموافقة مجلس الوزراء (م ٣٩/٤).

(٥١) انظر السنهوري - المرجع السابق بند ٥٥٥، الدكتور عبد الودود يحي - بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد بعنوان «إعادة التأمين» يونيو ١٩٦٢ العدد الثاني، السنة الثانية والثلاثون ص ٢٩٥ وما بعدها، بيكار وبيسون - المرجع السابق، بند ١٦.

(٥٢) في التأمين الاقتراني تعريفه وصوره، السنهوري - المرجع السابق هامش ص ١١٢٠ وما بعدها، والدكتور أبو زيد عبد الباقي - المرجع السابق ص ٧٣ وما بعدها.

(٥٣) بيكار وبيسون - المرجع السابق، بند ٥٤، هيمار (جوزيف) - المرجع السابق ج ٢، ٧٤٢، الدكتور عبد المنعم البدراوي - المرجع السابق بند ٧، الدكتور محمد علي عرفة - المرجع السابق ص ٧٨.

(٥٤) السنهوري - المرجع السابق - بند ٥٤٤.

(٥٥) بيكار وبيسون - المرجع السابق، بند ٧.

(٥٦) السنهوري - المرجع السابق ص ١٠٩٥.

(٥٧) انظر: جوميه (ميشيل) - تأمين الائتمان في فرنسا - رسالة باريس ١٩٣٠.

(٥٨) بيكار وبيسون - المرجع السابق - بند ٦.

(٥٩) انظر مثلاً المادة ٤ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨١ بشأن الرقابة على التأمين في مصر.

(٦٠) في الإشراف والرقابة على مؤسسات التأمين انظر. الدكتور محمد سامي مدكور رسالة باريس منشورة بباريس المكتبة العامة للقانون والقضاء عام ١٩٤١.

(٦١) انظر السنهوري - المرجع السابق بند ٥٤٧.

(٦٢) انظر السنهوري ـ المرجع السابق بند ٥٤٧ .

(٦٣) الجريدة الرسمية الاتحادية العدد ١٣٧، لسنة ١٤ ـ ابريل ١٩٨٤م .

(٦٤) الدكتور محمد علي عرفة ـ المرجع السابق ص ١٥ .

(٦٥) الدكتور عبد المنعم البدراوي ـ المرجع السابق بند ٤٢ .

(٦٦) انظر في ذلك المقالة رقم ١٩ من مجموعة المقالات المعدة بواسطة شادون بارك وافريدي، محامون ومستشارون قانونيون عن النظام القانوني بدولة الإمارات العربية المتحدة .

(٦٧) شادون بارك وافريدي ـ المقالات سالفة الذكر .

(٦٨) المقصود بالوزارة وزارة الاقتصاد والتجارة، والوزير وزير الاقتصاد والتجارة انظر المادة الأولى من القانون .

(٦٩) وقد أضيفت فقرة جديدة لنص المادة ١١ بالقانون ١٤ لسنة ١٩٨٦ يجري نصها كالآتي : «ويجب على شركات التأمين المؤسسة في الدولة قبل العمل بأحكام هذا القانون أن توفق أوضاعها بما يتفق وأحكام الفقرة السابقة خلال أربعة أعوام من العمل به (أي من ١٩٨٦/٧/١).

(٧٠) انظر جريدة الخليج ـ عدد الأحد ٢٤ رمضان ١٤٠٦هـ الموافق ١ يونيو ١٩٨٦م .

(٧١) عدا اختصاصها بنظر التظلم من قرار الوزارة رفض قيد شركة تأمين (م ١٨)، أو رفض تعديله (م ٢١) أو قرارها بشطب القيد (م ٢٣).

(٧٢) للوزارة أن ترفض طلب القيد عن كل أو بعض فروع التأمين المبينة في الطلب في الحالات الآتية :

ـ عدم استيفاء بيانات الطلب أو مستنداته، عدم ملاءمة الأسس الفنية لأسعار العمليات التي تباشرها الشركة في فرع التأمين على الحياة أو فرع الادخار وتكوين الأموال، عدم مراعاة القوانين واللوائح المعمول بها في الدولة، أو إذا كان الاسم التجاري الذي اختارته الشركة يدعو إلى اللبس لاسم شركة أخرى سبق قيدها، وللوزارة بدلاً من رفض الطلب أن تكلف الطالب بتصحيحه بما يتفق وأحكام القانون على أن يتم ذلك خلال ثلاثة أشهر على الأكثر من تاريخ إخطاره بكتاب مسجل .

(٧٣) لطالب القيد أن يتظلم من القرار الصادر برفض الطلب، ويكون التظلم كتابة وخلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطار الطالب بقرار الرفض . ويقدم التظلم إلى لجنة الرقابة ... وتفصل لجنة الرقابة في التظلم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه إليها ويكون قرارها في هذا الشأن نهائياً .

(٧٤) وننوه أنه يجوز للوزارة أن ترخص للشركة بالاستمرار في مباشرة العمليات القائمة وقت الشطب بالشروط التي تعينها لذلك .

(٧٥) من أهم هذه الحالات . إذا لم تحتفظ الشركة في الدولة بالأموال المنصوص عليها في المادتين ٤٤ و٤٥ من القانون، أو إذا نقص رأس مال الشركة المدفوع عن الحد الأدنى المقرر في المادة ١٢، أو إذا امتنعت الشركة عن تنفيذ حكم نهائي صادر من إحدى المحاكم بالدولة، أو إذا امتنعت الشركة عن تقديم دفاترها أو مستنداتها للمراجعة أو الفحص، وعلى العموم إذا ثبت أن الشركة لا تلتزم بأحكام نظامها أو أحكام القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له .

(٧٦) السنهوري ـ المرجع السابق بند ٥٥٢ .

(٧٧) راجع المواد من ١٩ إلى ٢٥ من قرار وزير الاقتصاد والتجارة رقم (٣٢) لسنة ١٩٨٤ باللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي رقم (٩) لسنة ١٩٨٤ سالف الذكر .

(٧٨) في إعادة التأمين انظر : الدكتور عبد الودود يحيى ـ سالف الذكر ـ مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية والثلاثون ١٩٦٢ (العدد الثاني يونيو ١٩٦٢ وانظر بيكار وبيسون ـ التأمين

البري في القانون الفرنسي، سالف الذكر، الجزء الأول - الطبعة الرابعة ١٩٧٥ بند ١٦، وانظر الدكتور السنهوري - المرجع السابق ص ١١١٨ وما بعدها.

(٧٩) السنهوري - المرجع السابق ص ١١١٩.

(٨٠) وقد حرص المشرع على تحديد كيفية تأسيس شركة إعادة التأمين في الدولة، كما حرص على تنظيم العلاقة بين شركات التأمين وشركات إعادة التأمين في حالة التأمين الإجباري دون الاختياري إذ نص على الآتي: «يحدد الوزير بقرار منه، بعد أخذ رأي اللجنة العليا للتأمين، مدى التبادل الذي تعهد به شركة إعادة التأمين إلى شركات التأمين مقابل العمليات المختلفة المنصوص عليها في المادة السابقة وشروط هذا التبادل والمواعيد التي تقدم فيها الكشوف والحسابات الخاصة بهذه العمليات.

ويجوز أن يتضمن القرار المشار إليه في الفقرة السابقة تحديد عمولة إعادة التأمين وعمولة الأرباح التي تدفعها شركة إعادة التأمين إلى شركة التأمين عن عمليات إعادة التأمين التي تعقدها، إذا ما اقتضت المصلحة ذلك. وبعد أخذ رأي اللجنة العليا للتأمين.

ولا تسري أحكام هذه المادة على عمليات إعادة التأمين الأخرى التي تجريها شركات إعادة التأمين في غير الحالات المنصوص عليها في المادة (٣٩).

قارن المادة ٢٩ من القانون المصري رقم ١٩٥ لسنة ١٩٥٩ الذي يلزم هيئات التأمين بأن تعيد التأمين على جزء من عمليات التأمين المباشر على أساس نسبة معينة وطبقاً لتعريفة محددة في تأمين الأضرار.

(٨١) الدكتور أبو زيد عبد الباقي - التأمين سالف الذكر ص ٧٩.

(٨٢) انظر بحث الدكتور عبد الودود يحي - سالف الذكر ص ٢١٢.

(٨٣) انظر في تفصيل ذلك: بحث الدكتور عبد الودود يحي - سالف الذكر ص ٣١٣ - ٣٢٢.

(٨٤) الدكتور السنهوري - المرجع السابق: بند ٥٥٥، ص ١١٢١ وفي نفس المعنى الدكتور أبو زيد عبد الباقي - المرجع السابق ص ٧٧، وبيكار وبيسون المرجع السابق، بند ١٦.

(٨٥) وذلك عندما يريد المؤمن أن يقف عن مزاولة نشاطه في فرع من فروع التأمين أو يتوقف نهائياً عن العمل، فيعيد التأمين على كل المخاطر.

(٨٦) السنهوري - المرجع السابق ص ١١٢٣.

(٨٧) انظر الدكتور السنهوري - المرجع السابق ص ١١٢٥، وفي نفس المعنى - الدكتور أبو زيد عبد الباقي - المرجع السابق ص ٨١.

(٨٨) والفرض هنا أن إعادة التأمين تشمل جميع العمليات كبير القيمة منها وقليل القيمة.

(٨٩) في نفس المعنى الدكتور السنهوري - المرجع السابق ص ١١٢٦، الدكتور عبد الودود يحي - البحث السابق ص ٣٣٧.

(٩٠) الدكتور أبو زيد عبد الباقي - المرجع السابق ص ٨٢.

(٩١) في تفصيل ذلك - الدكتور السنهوري - المرجع السابق ص ١١٢٩ - ١١٣٠، والدكتور عبد الودود يحي - البحث المشار إليه ص ٣٦٤.

(٩٢) بحث إعادة التأمين للدكتور عبد الودود يحي سالف الذكر - ٣٧٢ - ٣٧٥، وانظر الدكتور أبو زيد عبد الباقي - المرجع السابق ص ٨٦، ٨٧.

(٩٣) انظر بيكار وبيسون - المرجع السابق جـ ٢ الطبعة الثالثة بند ٧٤٤، وانظر الدكتور السنهوري المرجع السابق. ص ١١٣١ والأحكام المشار إليها في الهامش وقد حاول الفقه الفرنسي أن

يرد هذا العقد إلى أحد عقود التأمين المعروفة، فذهب فريق إلى اعتباره عقد تأمين من المسؤولية، وآخر إلى أنه عقد تأمين على الأشياء، وثالث إلى أنه يتبع عقد التأمين الأصلي، ويأخذ خصائصه... وهكذا. انظر المرجع السابق.

(٩٤) ومبدأ وحدة المصير معناه أن مصير المؤمن المعيد مرتبط بمصير المؤمن المباشر. ذلك أن عقد إعادة التأمين مبني على عقد التأمين المباشر في مقدار الأقساط، وفي شروطه، ومحتوياته، وفي مبلغ التعويض، وأي تعديل يلحق عقد التأمين يرتد أثره إلى عقد إعادة التأمين، كما يتأثر الأخير بوجوه البطلان أو الفسخ أو السقوط أو الانقضاء التي تلحق بعقد التأمين المباشر. انظر: الدكتور أبو زيد عبد الباقي ـ المرجع السابق ص ٨٩.

(٩٥) في تفصيل ذلك ـ انظر الدكتور السنهوري ـ المرجع السابق ص ١١٣٣ ـ ١١٣٧ والدكتور عبد الباقي ـ المرجع السابق ص ٩٠ وما بعدها.

(٩٦) الدكتور السنهوري ـ المرجع السابق ص ١١٣٧.

(٩٧) في تفصيل ذلك بيكار وبيسون ـ المرجع السابق ـ الجزء الثاني بند ٧٥٦، وبحث الدكتور عبد الودود يحي السابق ص ٤٠٧ ـ ٤٠٨.

(٩٨) في تفصيل ذلك ـ أنظر الدكتور السنهوري ـ المرجع السابق ص ١١١٤ وما بعدها.

(٩٩) والاحتياطي الحسابي يراعي في تحديده جداول الوفيات وقواعد رياضيات التأمين على الحياة، بالنظر إلى خطر الوفاة واحتمال تزايده تدريجياً في السنوات الأخيرة من التأمين وأخيراً الجزء المخصص للادخار، مع ثبات القسط وعدم تزايده. انظر المرجع السابق ص ١١١٥.



مسئولية الصحفيين المدنية في حالة القذف
في حق ذوي الصفة العمومية
«دراسة في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة المقارن»

بقـلم
الأستاذ الدكتور محمد ناجي ياقــوت*

(*) أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق بجامعة المنصورة ومعار لكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات. له العديد من المؤلفات في القانون المدني والقانون المقارن.



١ - إذا اشتمل الخبر الذي نشره الصحفي في الجريدة على عبارات تنطوي على معنى القذف في حق شخص طبيعي ذي صفة عمومية، فإن دعوى المسئولية المدنية التي يرفعها هذا الأخير للتعويض عما أصابه من ضرر من جراء ذلك القذف تثير سؤالين على جانب كبير من الدقة والأهمية معاً:

هل اعتدى الصحفي المدعي عليه بذلك القذف على حق ثابت للمقذوف في السمعة[١] سواء صحت وقائع القذف المسندة إليه أو كذبت؟ ذلك أن سمعة الشخص العام تتأذى بالقذف الصحيح كما تتأذى بالقذف غير الصحيح.

وهل كان الصحفي المدعي عليه على حق في نشر ذلك الخبر في الجريدة رغم ما يحتوي عليه من قذف موجه إلى المدعي؟ ذلك أن الصحفي قد يكون على حق في ذلك بمقتضى مبدأ حرية تداول الأنباء[٢]. بل أنه قد يكون على حق في ذلك استناداً إلى استعمال حق الجمهور في الإعلام[٣]. ذلك الحق الذي يتجه الفقه الحديث إلى الاعتراف بوجوده في القانون الوضعي إن لم يكن كحق خاص بالمفهوم الدقيق للكلمة، يحميه القانون الوضعي بدعوى خاصة. فعلى الأقل كحق من حقوق الإنسان أو كحق طبيعي. ومن ثم، قد يكون القذف مباحاً في هذه الحالة تحقيقاً للمصلحة العامة. فتثير دعوى المسئولية المدنية عنه مشكلة التوفيق الضروري بين مصلحة الموظف العام والمصلحة العامة:

هل يجب التضحية بمصلحة ذي الصفة العمومية في صون سمعته التي تتأذى بالقذف الصحيح، في سبيل تحقيق المصلحة العامة التي تقتضي الإطلاق من حرية الصحافة في نشر الأخبار حول مبلغ أمانة ذوي الصفة العمومية في أداء الأعمال العامة الموكولة إليهم؟.

أم أنه يجب القول على العكس بتقييد حرية الصحافة وما يرتبط بها من حق الجمهور في الإعلام الحر، بالقدر الذي يصون لذوي الصفة العمومية سمعتهم، حتى ولو كانت السمعة المطلوب حمايتها قانوناً سمعة كاذبة غير مستحقة للمدعي في الحقيقة؟ بعبارة أخرى، لأي مدى يجب الاعتراف للجمهور بالحق في الإعلام الحر حول الوقائع والأفكار

المتعلقة بالسلوك الوظيفي لذوي الصفة العمومية، إذا اشتملت الأخبار الصحفية المنشورة أو المراد نشرها في الصحف في ذلك المجال على وقائع قذفية في حق واحد منهم؟.

٢ ـ لا يبدو أن المشرع المصري أو المشرع الفرنسي أو المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة قد أجاب على مثل هذه التساؤلات التي يثيرها الموضوع محل البحث. ومع ذلك، فقد ورد في المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات المصري، المقابلة للمادة ٣٥ من قانون الصحافة الفرنسي لسنة ١٨٨١، والمعدلة بمقتضى القانون الصادر في سنة ١٩٤٤، ما يفيد إباحة القذف الموجه لذوي الصفة العمومية بشروط معينة أولها وأهمها شرط إثبات القاذف صحة ما قذف به. فقد نصت المادة ٣٠٢ عقوبات مصري على أنه:

(أ) يعد قاذفاً كل من أسند لغيره بواسطة إحدى الطرق المبينة بالمادة ١٧١ من هذا القانون أموراً لو كانت صادقة لأوجبت عقاب من أسندت إليه بالعقوبات المقررة لذلك قانوناً أو أوجبت احتقاره عند أهل وطنه.

(ب) ومع ذلك فالطعن في أعمال موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة لا يدخل تحت حكم هذه المادة إذا حصل بسلامة نية وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة وبشرط إثبات حقيقة كل فعل أسند إليه.

(جـ) ولا يقبل من القاذف إقامة الدليل لإثبات ما قذف به إلا في الحالة المبينة في الفقرة السابقة.

كذلك، فمن المعلوم أن المادة رقم (٨٤) من قانون دولة الإمارات العربية المتحدة لسنة ١٩٨٠ في شأن المطبوعات والنشر قد قضت بأنه:

«لا يجوز الطعن في أعمال موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة بما يتضمن قذفاً في حقه، ويعفى الكاتب من المسئولية إذا ثبت أنه كان حسن النية يعتقد صحة الوقائع التي أسندها إلى الموظف العام أو الشخص ذي الصفة النيابية العامة أو المكلف بالخدمة العامة وأن اعتقاده هذا قائم على أسباب معقولة».

ومن المعلوم أيضاً، أن المادة ٣٩٩ من مشروع قانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة لسنة ١٩٨٥ قد نصت على انتفاء جريمة القذف «إذا أثبت الجاني صحة الواقعة المسندة متى كان إسنادها موجهاً إلى موظف عام أو مكلف بخدمة عامة وكانت الواقعة متصلة بالوظيفة أو الخدمة.

ومن المعلوم كذلك، أن المادة ١١٦ من قانون العقوبات لسنة ١٩٧٠ لإمارة أبوظبي قد نصت على أنه لا تكون هنالك جريمة إشانة السمعة «إذا كانت الوقائع المشكو منها صحيحة في جملتها، أو كتبت في معرض التعليق المعقول على أي عمل أو سلوك عام أو كتبت في معرض التعليق على سلوك أي موظف عمومي»...

٣ ـ ولكن، يبدو وأن التساؤلات التي أشرنا إليها فيما سبق، قد وجدت إجابة مباشرة عليها في القانون المقارن. وعلى وجه الخصوص في السوابق القضائية المستقرة في

الولايات المتحدة الأمريكية، هذا على الأقل هو ما يخلص من حكم للمحكمة العليا للولايات المتحدة، أصدرته في عام ١٩٦٤، في قضية سوليفان ضد جريدة نيويورك تايمز.

فلقد تبنت المحكمة في هذا الحكم، لأول مرة، النظرية القائلة بوجود «امتياز» أو «حصانة» أو «حماية خاصة»، يكفلها الدستور للصحافة والصحفيين، تعفيهم من المسئولية المدنية عما قد تنطوي عليه أخبارهم الصحفية من قذف غير صحيح موجه إلى أعمال ذوي الصفة العمومية.

وإجماع الفقه والقضاء في الولايات المتحدة على أن هذا الإعفاء يقوم على أساس مبدأ أولوية أو رجحان حق الجمهور في الإعلام الحر وأفضليته على حق ذوي الصفة العمومية على سمعتهم الوظيفية.

٤ ـ لذلك، فقد بدى لنا من المفيد، أن يخصص هذا البحث لدراسة مسئولية الصحفيين المدنية في حالة القذف في حق ذوي الصفة العمومية دراسة مقارنة. ومما يدعونا إلى إجراء هذه المقارنة ما لاحظناه من تضارب في آراء المحاكم والشراح حول هذا الموضوع في كل من القانونين المصري والفرنسي على السواء. وسوف تستهدف هذه المقارنة إلى استخلاص الدروس المستفادة من التجربة الأمريكية الرائدة في هذا الميدان، وتكشف مدى إمكانية الاستفادة منها في فهم وتقدير وربما أيضاً في تطوير أحكام قانون دولة الإمارات العربية المتحدة والقانون المصري التي تتسم بالغموض في هذا الصدد. وقد رأينا من المناسب تقسيم دراستنا لهذا الموضوع إلى مبحثين أحدهما نظري، نتناول فيه دراسة نظرية «الامتياز الدستوري للصحافة». والآخر تطبيقي، ندرس فيه حظ هذه النظرية من التطبيق.

المبحث الأول

نظرية الامتياز الدستوري للصحافة

٥ ـ نشأت فكرة «الامتياز الدستوري للصحافة» كوسيلة للارتقاء بحماية حق الجمهور في الإعلام، عن طريق تقييد بعض مبادىء المسئولية المدنية عن القذف. فقد لاحظ الفقه أن تطبيق قواعد المسئولية المدنية على القذف الصحفي الموجه إلى أعمال ذوي الصفة العمومية، لاسيما بما تتضمنه هذه القواعد من تكليف الصحفيين بإثبات صحة كل خبر ينطوي على القذف في حق الغير، من شأنه أن يعوق حرية تدفق الأنباء وتداولها، دون مبرر، الأمر الذي يؤدي إلى حجب كثير من الأنباء الصحيحة عن الرأي العام، ومن ثم، إلى الإخلال بحق الجمهور في تلقي الأخبار والأفكار حول كل ما يجري في المجتمع من أمور. إذ يترتب على خوف الصحفيين من التعرض لخطر الرجوع عليهم

بدعاوي المسئولية المدنية والتعويض عما تشتمل عليه أخبارهم الصحفية من قذف ضروري في حق الغير، لاسيما في الحالات الكثيرة التي يتعذر عليهم فيها التثبت بيقين من صحة كل خبر، أو إثبات صحته أمام القضاء، أن تفرض الصحف على نفسها نوعاً من الرقابة الذاتية على النشر تضر بالصالح العام. لذلك، فقد نادى البعض بضرورة الاعتراف بوجود «امتياز»، أو «حصانة»، أو «حماية خاصة»، للصحافة والصحفيين تعفيهم من هذه المسئولية، حماية لحرية تداول الأنباء، ومن ثم لحق الجمهور في تلقي الأخبار.

وهكذا، فإن دراسة هذه النظرية تقتضي تقسيم الكلام إلى مطلبين. ندرس نشأة هذه النظرية في المطلب الأول. ثم ندرس مضمون هذه النظرية في المطلب الثاني.

المطلب الأول

نشأة هذه النظرية

٦ ـ إذا كان صحيحاً أن انعقاد مسئولية الصحفيين عن القذف في حق ذوي الصفة العمومية وفقاً للقواعد العامة التي تسري على غيرهم من سائر الأفراد العاديين هو أمر غير مقبول، وذلك بسبب الاعتبارات العملية السابقة فإن التساؤل يثور عما إذا كان يجب الاعتراف بوجود امتياز دستوري للصحفيين يعفيهم من المسئولية المدنية عن القذف في حق ذوي الصفة العمومية بقطع النظر عن صحة وقائع القذف المسندة. أم أنه يجب القول على العكس بأن الصحفيين لا يتمتعون بأي امتياز في هذا الشأن، ومن ثم يتعين القول بانعقاد مسئوليتهم في هذه الحالة وفقاً للقواعد العامة.

لقد أثارت الإجابة على هذا السؤال خلافاً كبيراً في القانون المقارن. فذهب اتجاه إلى رفض فكرة هذا الامتياز رفضاً باتاً في القانون الوضعي. بينما ذهب اتجاه آخر مضاد إلى القول بضرورة الاعتراف بوجود امتياز دستوري للصحافة في القانون الوضعي.

لذلك، ندرس الاتجاه الرافض (الفرع الأول). ثم ندرس الاتجاه المؤيد (الفرع الثاني). ثم ندرس وضع هذه المسألة في قانون دولة الامارات العربية المتحدة والقانون المصري (الفرع الثالث).

الفرع الأول

رفض فكرة الامتياز الدستوري للصحافة

٧ ـ لقد ظهر اتجاه في القانون المدني المقارن يرفض الاعتراف بوجود امتياز دستوري للصحافة في القانون الوضعي. ويتمثل هذا الاتجاه في موقف القضاء الأمريكي

السابق على عام ١٩٦٤ (أولاً). وفي الموقف المستقر للقانون الإنجليزي (ثانياً). وأخيراً في موقف بعض المحاكم الفرنسية (ثالثاً).

أولاً: موقف القضاء الأمريكي قبل عام ١٩٦٤:

٨ - لقد رفض الاعتراف بوجود امتياز دستوري للصحافة جانب كبير من الفقه والقضاء الأمريكي في الفترة السابقة على تاريخ صدور حكم المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية سوليفان ضد نيويورك تايمز في سنة ١٩٦٤. ولعل أول وأهم حكم رفض فكرة وجود مثل هذا الامتياز المزعوم للصحافة في القضاء الامريكي، هو الحكم الصادر في قضية (بوست ضد هاللام)، في سنة ١٨٩٣[٤]. فلقد جرى القضاء الأمريكي منذ صدور هذا الحكم، على الإشارة إليه باعتباره سابقة قضائية ملزمة في هذه المسألة، ولقد جاء في هذا الحكم، أن امتياز التعليق النزيه، الذي يعرفه القانون الأمريكي، والذي يخول للصحافة حرية واسعة في انتقاد ومناقشة المسائل العامة. يشترط فيه أن يكون التعليق مبنياً على واقعة صحيحة، ومن ثم فإنه لا يمكن أن يمتد ليشمل إسناد وقائع القذف المخالفة للحقيقة. فإذا كان صحيحاً أن ذوي الصفة العمومية يجب أن يتوقعوا التعرض للنقد، التعليق والرأي من جانب الجمهور في مجال حياتهم العامة، إلا أنه من غير المقبول القول بإباحة الاعتداء على سمعتهم عن طريق إسناد وقائع القذف الكاذب إليهم دون مسئولية أو تعويض. وأن القول بغير ذلك يمكن أن يؤدي إلى إحجام الشرفاء عن السعي إلى ترشيح أنفسهم لتولي الوظائف العامة في الدولة، وذلك تجنباً لخطر الاعتداء على سمعتهم دون مسئولية مما يعرض المصلحة العامة للضرر.

٩ - ولم يعدم الفقه الأمريكي الأسباب التي توجب القول برفض هذه الفكرة في القانون الوضعي الأمريكي. فلقد لاحظ الفقيه الدريدج[٥]، أن فكرة هذا الامتياز ليس لها أي سند من الدستور، ومما يدل على ذلك ما يجري عليه القضاء الأمريكي من أن إساءة استعمال حرية القول أو حرية الصحافة خطأ يستوجب مسئولية فاعله بالتعويض. ولم يقل أحد أن ذلك يخالف التعديل الأول للدستور. بل إن القذف المطابق للحقيقة تجوز المسئولية المدنية عنه، وفقاً لقضاء مستقر، إذا لم ينشر بحسن نية أو لأسباب مشروعة تبرره. وقريب من ذلك ما قاله الفقيه كوللي[٦]، من أن المتفق عليه في الفقه والقضاء الأمريكي أن السوابق القضائية التي توجب المسئولية المدنية عن القذف في حق آحاد الناس أو في حق ذوي الصفة العمومية، لم تلغ بالحماية التي تقررت للصحافة في الدستور الأمريكي.

ثانياً : موقف القانون الإنجليزي :

١٠ ـ أما فيما يتعلق بالقانون الإنجليزي . فقد انعقد إجماع الفقه والقضاء منذ زمن طويل على رفض فكرة تمتع الصحفيين بأي إمتياز في مجال المسئولية المدنية عن القذف[٧]، ونكتفي بالإشارة في ذلك إلى حكم هام للوردشو قال فيه : إن قضاة هذه المحكمة يأسفون إذ يرون أحد طرفي الدعوى لا يزال متمسكاً بالخرافة القديمة التي تزعم أن هناك ميزة أو حماية أو حصانة يستفيد منها المنتمون للصحافة دون سائر الأفراد ، والحقيقة أن حرية الصحفي هي جزء عادي من حرية الفرد ولا يمكن أن تتجاوز حرية الصحفي حرية الفرد العادي إلا بتشريع خاص . وفيما عدا ذلك فليس للصحفي أي امتياز . وإذا كانت المسئولية المتعلقة بالصحافة توجب على الصحفي الأمين النزيه أن يكون أكثر احتياطاً من الفرد العادي . . . إلا أن حقه فيما يتعلق بما ينشره من أنباء أو تأكيدات أو تعليقات أو انتقادات لا يتجاوز من الوجهة القانونية ما للأفراد العاديين[٨] .

١١ ـ ويرى الفقه الإنجليزي بوجه عام ، أن فكرة وجود مثل هذا الامتياز الدستوري المزعوم للصحافة ، هي فكرة عقيمة لا يرجى منها أية فائدة لأحد : فلا يستساغ الاعتراف للصحفيين بالحق في نشر أكاذيب أو وقائع أو معلومات مخالفة للحقيقة ، لأن ذلك يضلل الرأي العام ولا يخدم مصلحة المجتمع . ولا يقال أن الدستور مصدر هذه الحماية الخاصة ، لأنه لا يحمي القذف ، ولا يخول حماية مطلقة لكل قول ، فليس كل ما تنشره الصحف من مناقشات للمسائل العامة ينشر دائماً في خدمة المصلحة العامة . ولا يقبل إهدار سمعة الشخص العام في سبيل إشباع رغبة وسائل الإعلام في تشجيع حرية تدفق أو تداول الأنباء ، أو تأكيد حماية حق الجمهور في الإعلام . فليس هناك ما يقطع بأن رفض هذا الامتياز المزعوم يمكن أن يعوق حرية الأنباء أو ينتقص شيئاً يذكر من حماية الحق في الإعلام . ولا يكفي لتبرير هذا الامتياز القول بأنه يحمي نشر بعض الأنباء الزائفة كوسيلة لضمان عدم حجب بعض الأخبار الصحيحة . لأن ذلك القول سوف يؤدي إلى نتائج غير مقبولة ، إذ يترتب على ذلك خلو القانون من أي جزاء على نشر الكذب ، ومن ثم فإن ذلك يعتبر تشجيعاً على نشر الأنباء الكاذبة مثل الأخبار الصحيحة[٩] .

ثالثاً : موقف القضاء الفرنسي :

١٢ ـ لقد رفضت فكرة الامتياز الدستوري للصحافة من جانب كبير من الفقه والقضاء الفرنسي الحديثين . وفي ذلك تقول محكمة باريس في حكمها الصادر في ٢٤ يناير سنة ١٩٢٥[١٠] : إن القول بوجود حصانة تدرأ عن الصحفي تلك المسئولية أمر لا سند له في القانون . وأن الصحفي يظل مسئولاً عما ينشره في حدود القواعد العامة .

ورتبت المحكمة على ذلك عدم جواز الاعتداد بما يثيره الصحفي المدعي عليه من أنه استقى الأخبار المنطوية على القذف من مصدر عليم . ومن ثم ، يتعين تحميل الصحفي تبعة ما ينشره . كما أن محكمة استئناف باريس في ١٨ يوليو سنة ١٨٨١[١١] ألغت حكماً بإعفاء صحفي من المسئولية على أساس أن الصحف فيما تنشره من الأخبار والحوادث تكون في استحالة شبه مطلقة من التأكد من صحة الخبر . وأن مثل هذا النشر وإن كانت تشوبه الرعونة ، إلا أن مرجعه الرغبة في إرضاء شوق الجمهور للأنباء واستطلاعها وليس مرجعه العداوة لشخص معين . وجاء في تسبيب الإلغاء أن الصحفي إذا كان ينشر إرضاء لجمهوره الأخبار والحوادث ، فإنه يفعل ذلك دائماً على مسئوليته ، ويتحمل هو مخاطره . وأنه إذا كانت نصوص القانون تجيز للصحف نشر ما يجري في المحاكمات القضائية ، فهي لم تجز نشر أخبار التحقيقات . وأن الصحفي على كل حال لا يملك من الحقوق في هذا الصدد إلا ما يملكه كل فرد وينطبق عليه حكم القانون العام الذي يسري على الكافة . كما قضت محكمة استئناف اكس في ١٩٠٩/٣/١١[١٢] ، بأن الالتزام الملقى على عاتق الصحفيين في إعلام جمهورهم ، لا يجوز أن يذهب إلى حد السماح لهم بنشر مقالات يمكن أن تلوث سمعة الغير . إن القضاء الفرنسي غالباً ما يرفض الاعتراف بوجود مثل هذا الامتياز المزعوم في القانون الوضعي بقوله : إن حرية الأنباء وما يتفرع عنها من حق الجمهور في الإعلام الحر ، تنتهي عند أعتاب القذف ، أو حيث يبدأ القذف ، فإذا كان صحيحاً أن مهمة الصحافة ، وواجبها الأول ، بل وسبب وجودها ، هو إعلام الجماهير ، إلا أن ذلك يجب أن يتم في الحدود المرسومة التي يسمح بها القانون فقط[١٣] ، وأن مهنة الصحفي لا يمكن أن تبرر أبداً اللجوء إلى القذف فيما ينشره في الجريدة . فالصحفيون يسألون عن أي تجاوز في حدود حقوقهم ككتاب ، بمقتضى مسئولية القواعد العامة ، دون امتياز .

ولقد حذر البعض من خطورة الاعتراف بوجود مثل هذا الامتياز في القانون الفرنسي بالاشارة إلى أن بعض الصحف قد اندفعت تحت هذه الحصـــانة المزعومة تنشر الأخبار المقلقة للسلم وتجرد حملات القذف تحت ستار تزويد الرأي العام بالأخبار العامة[١٤] .

الفرع الثاني

الاعتراف بالامتياز الدستوري للصحافة

١٣ ـ لقد ظهر اتجاه في الفقه الفرنسي ، وفي الفقه الامريكي ، ينادي بضرورة الاعتراف بوجود مثل هذا الامتياز في القانون الوضعي .

لكن الظاهر أن القانون الأمريكي وحده هو الذي قنن هذا الاتجاه الفقهي وترجمه إلى مبدأ قانوني مستقر في القانون الوضعي (أولاً). وإن كانت بعض المحاكم الفرنسية قد اعترفت بوجود مثل هذا الامتياز في أحكامها (ثانياً).

أولاً : موقف القانون الأمريكي :

١٤ ـ يتأسس الاعتراف بالامتياز الدستوري للصحافة في القانون الوضعي الأمريكي على أساس تفسير خاص لنص التعديل الأول للدستور. فمن المعلوم أن هذا النص يقضي بأنه لا يجوز للكونجرس إصدار أي تشريع تقيد بموجبه حرية القول، أو حرية الصحافة. وينسب هذا التفسير الخاص، عادة، إلى القاضي هوجوبلاك، الذي أعلن في أحد أحكامه في المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، أن الطريق المؤكد الوحيد لحماية القول والصحافة هو الاعتراف بأن قواعد المسئولية عن القذف تمثل قيوداً على القول والصحافة ومن ثم فإنها تكون قد ألغيت في كل من المحاكم الاتحادية ومحاكم الولايات بصدور التعديل الأول للدستور(١٥). لكن هذا التفسير الخاص لم يؤخذ به على اطلاقه في القانون الأمريكي في أي مرحلة من مراحله. وقد سبق لنا الإشارة إلى موقف القضاء الأمريكي المستقر، قبل عام ١٩٦٤، على الحكم بأن الأقوال المنطوية على القذف لا تدخل في نطاق الحماية الدستورية للقول(١٦).

١٥ ـ ولكن في عام ١٩٦٤، أعلنت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في حكمها الصادر بالإجماع في قضية سوليفان ضد نيويورك تايمز، اعترافها الصريح بوجود الامتياز الدستوري للصحافة. وقد جاء في هذا الحكم أن الضمانات الدستورية لحرية الصحافة وحرية القول، المنصوص عليها في التعديل الأول والمفروضة على الولايات بمقتضى التعديل الرابع عشر، تتضمن قاعدة اتحادية تحظر على ذي الصفة العمومية الحصول على تعويض عن القذف المخالف للحقيقة المتصل بسلوكه الوظيفي، إلا إذا أثبت بأدلة قاطعة، أن الصحفي المدعي عليه قد أقدم على نشر هذا القذف عن سوء قصد وهو يعلم سلفاً بعدم صحته(١٧). ولقد أجمع الفقه الأمريكي على القول بأن هذا الحكم ألغى المسئولية التقصيرية عن الخطأ المفروض، أو المسئولية التقصيرية المفترضة، عن القذف في حق ذي صفة عمومية، محدثاً بالتالي تغييراً جذرياً في قانون القذف المستقر، وملغياً السوابق القضائية المعمول بها في كل الولايات(١٨). ولقد ألغت المحكمة العليا في هذا الحكم حكماً قضى لضابط شرطة بمبلغ نصف مليون دولار تعويضاً عن الأضرار التي لحقته من جراء ما نشرته ضده الجريدة المدعي عليها من قذف مخالف للحقيقة يتعلق بسلوكه الوظيفي، إعمالاً للقواعد العامة التي تفترض وقوع الخطأ من مجرد نشر وقائع القذف الشائنة بذاتها، لما يتضمنه ذلك من اعتداء غير مشروع على حق المدعي في صون سمعته.

١٦ - ومن الضروري لفهم حقيقة الأسباب وراء هذا الاعتراف الصريح بالامتياز الدستوري للصحافة، إيضاح الظروف المحيطة بالقضية التي اعترف بمناسبة الحكم فيها بوجود مبدأ هذا الامتياز في القانون الوضعي الأمريكي.

تتلخص وقائع هذه القضية في أنه على أثر بعض الاضطرابات وحوادث الشغب التي حدثت نتيجة للتفرقة العنصرية بين المواطنين الأمريكيين في مدينة مونتجمري بولاية الإباما بجنوب الولايات المتحدة الأمريكية في أوائل الستينات. نشرت جريدة نيويورك تايمز الأمريكية مقالاً موقعاً عليه من عدد من الأفراد ينتقد موقف الشرطة تجاه هذه الاضطرابات. ويتضمن المقال إسناد بعض الوقائع المشينة غير الصحيحة إلى المسئولين عن الشرطة في تلك المنطقة. ادعى سوليفان، بصفته رئيس الشرطة المسئول عن الأمن العام في هذه المنطقة، أن هذا المقال ينطوي على القذف في حقه. وذلك لما يشتمل عليه من إسناد وقائع مخالفة للحقيقة إليه تستوجب العقاب والاحتقار وتحط من كرامته. لاسيما اتهامه دون وجه حق بأنه أمر بتعذيب بعض السيدات والأطفال وتدمير بيوتهم بالقنابل. وحبس بعض الطلاب داخل قاعات الدراسة بالجامعة دون وجه حق، وحرمهم من تناول الطعام بقصد قتلهم من الجوع. وقد طلب المدعي تعويضاً قدره نصف مليون دولار عن الأضرار التي لحقته من جراء هذا القذف. وقد أجابته محكمة الدرجة الأولى إلى طلبه، معلنة أن قانون المسئولية التقصيرية عن القذف يوجب افتراض تحقق ركني الخطأ والضرر معاً، من مجرد استعمال المدعي عليه ونشره عبارات القذف الشائنة بذاتها دون مبرر مشروع. ورفضت دفع المدعي عليه بحسن نيته بقولها أن عدم صحة وقائع القذف وتوافر سوء النية لدى القاذف أمور مفترضة قانوناً من مجرد نشر عبارات القذف الشائنة بذاتها. ولقد تأيد هذا الحكم بأسبابه السابقة من المحكمة العليا للولاية. ولكن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية ألغت هذا الحكم معلنة أن للصحافة امتيازاً دستورياً يعفيها من المسئولية المدنية عما تنشره من قذف مخالف للحقيقة متعلق بالسلوك الوظيفي لذوي الصفة العمومية، إلا في حالة ثبوت تعمد الكذب وسوء القصد ثبوتاً قاطعاً، وهو ما لم يثبت من وقائع القضية المعروضة.

١٧ - ولقد حرصت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في حكمها في قضية سوليفان ضد نيويورك تايمز، كما حرص الفقه الأمريكي المؤيد لهذا الحكم على الرد على أهم الاعتراضات التي أثيرت ضد فكرة هذا الامتياز الدستوري الجديد للصحافة.

ففيما يتعلق بالاعتراض القائل بضرورة قصر الأثر المعفي لامتياز التعليق النزيه على إبداء الرأي والنقد المبني على وقائع صحيحة ثابتة، وعدم جواز تعديه إلى إسناد وقائع القذف المخالفة للحقيقة. أجاب المؤيدون بأن ضرورات الإعلام في العصر الحديث الذي نعيش فيه، تقتضي مد نطاق هذه الحماية التقليدية لكي تشمل أيضاً حرية تدفق الأنباء وتداولها دون عراقيل عبر وسائل الإعلام لتمكين الرأي العام من رقابة سير العمل في

الحكومة والمصالح والمرافق العامة بالدولة ونقدها . فلم يعد يكفي لحماية حق الجمهور في الإعلام الحر ، أن يقتصر نطاق هذه الحماية على تشجيع حرية تدفق الأفكار وتداولها دون تفرقة بين الرأي الصحيح والرأي غير الصحيح فحسب . بل أصبح من الضروري الآن أن يمد القانون الوضعي نطاق هذه الحماية إلى تشجيع حرية تدفق الأخبار والوقائع أيضاً ، دون تفرقة بين الخبر الصحيح والخبر غير الصحيح[١٩] . وإذا كان المعيار الواجب الاتباع في التفرقة بين ما يجوز نشره وما لا يجوز نشره مما يهم الجمهور من أمور ، هو صحة الأمر المراد نشره أو عدم صحته . فإن المصلحة العامة المتزايدة في معرفة الحقيقة حول السلوك الوظيفي لذوي الصفة العمومية تقتضي مراعاة المرونة اللازمة في تطبيق المعيار على نحو يسمح بالارتقاء بحماية حرية تداول الأنباء ، ومن ثم بإيجاد حماية قانونية لا يمكن تجنبها لبعض الأخبار الزائفة[٢٠] . إن الامتياز الدستوري للصحافة لا يستهدف حماية الكذب في حد ذاته . بل يستهدف اطلاق حرية الفكر والمناقشة وتشجيع الحوار واحترام الرأي الآخر في نقد المسائل العامة ، والتحرر من خطر الخوف من المسئولية المدنية التي يمكن أن تترتب على القذف الضروري في حق ذوي الصفة العمومية[٢١] .

١٨ ـ إن القول برفض هذا الامتياز ، ومن ثم تحميل الصحفي المدعي عليه عبء إثبات صحة كل واقعة مسندة ، هو قول غير مقبول ، لأنه يشل حرية تدفق الأنباء ويعرض المصلحة العامة للضرر . إن الضرر المترتب على مساءلة الصحفي عن نشر الخبر غير الصحيح ، أو على حجب بعض الأخبار الصحيحة عن الرأي العام لمجرد الخوف من خطر المسئولية المدنية في حالة عدم النجاح في إثبات صحتها أمام القضاء ، هو ضرر أبلغ وأفدح بكثير جداً من الضرر الذي قد يترتب على المساس بالسمعة الوظيفية للشخص العام[٢٢] . إن كل حماية يضيفها قانون القذف لهذه السمعة ، لابد وأن تنتقص من نطاق الحماية القانونية التي يكفلها الدستور لحق الجمهور في الإعلام الحر . فمن الأفضل لحماية حرية الأنباء أن يفلت مائة صحفي من المسئولية عن نشر أخبار غير صحيحة ، من أن يسأل صحفي واحد عن نشر أخبار مطابقة للحقيقة لمجرد أنها تنطوي على القذف في حق شخص عام . في السوق الحرة لتداول الأفكار ، يجب أن يسمح القانون المدني بنشر الخبر الصحيح ، والخبر غير الصحيح جنباً إلى جنب ، حتى تتضح الحقيقة كاملة أمام الجماهير[٢٣] .

١٩ ـ إذا تعارضت مصلحة الجمهور في الإعلام مع مصلحة الشخص العام في الكتمان حفاظاً على سمعته الوظيفية ، فإن سمو المصلحة الأولى ورجحانها يوجب القول بأولويتها بالرعاية وتفضيلها بالتالي على المصلحة الثانية ، ومما يدل على ذلك أن القانون الأمريكي رفع الحق في الإعلام إلى مرتبة الحقوق الدستورية ، في حين لم يرد في الدستور نص يوجب حماية الحق في السمعة[٢٤] .

٢٠ - إن حماية الامتياز الدستوري لنشر بعض الأخبار المخالفة للحقيقة بحسن نية أمر ضروري بالنظر إلى الصعوبات العملية التي تواجه الصحفيين للتثبت من صحة كل خبر يحصلون عليه من مصادر معقدة أو بعيدة قبل الإقدام على نشره في الموعد المحدد لصدور الجريدة. وذلك فضلاً عن الصعوبات العملية الأخرى المتمثلة في تعذر إثبات صحة الخبر بأدلة قاطعة عند رفع الدعوى في شأنه أمام القضاء. ومما يزيد من أهمية هذه الصعوبات العملية عدم قدرة قضاة الموضوع، في كثير من الأحيان، على التفرقة الصحيحة بين الحقيقة والكذب فيما تنشره الصحف من أخبار. وحرص الصحف على عدم الإفصاح دائماً عن مصادر أخبارها، حفاظاً على سرية التحرير[٢٥].

٢١ - إن حماية نشر الخبر المخالف للحقيقة بدون سوء نية يعكس استراتيجية قانونية معينة مؤداها أنه ينبغي على القانون الوضعي أن يكفل لحرية الرأي حماية أكثر مما ينبغي، لكي يضمن ألا تقل حمايته من الناحية العملية في واقع الأمر عما ينبغي. أن تزايد اهتمام الرأي العام بمعرفة الحقائق المتصلة بذوي الصفة العمومية هو الذي يحتم الأخذ بها الحل[٢٦].

٢٢ - إن القول بأن الاعتراف بوجود هذا الامتياز يؤدي إلى إحجام الشرفاء عن السعي إلى ترشيح أنفسهم لتولي الوظائف العامة في الدولة تجنباً لخطر المساس بسمعتهم دون تعرض للمسئولية هو قول يستند إلى افتراض لم تثبت صحته، فلا يوجد أي دليل في تاريخ الدول التي لم تقصر امتياز الصحافة على مجرد إبداء الرأي بل مدته إلى إسناد الواقعة، على أن هذا التوسع في نطاق الامتياز قد أدى إلى مثل هذا الإحجام المزعوم[٢٧]. وحتى على فرض التسليم بصحة هذا الافتراض، فإنه يتركنا أمام اختيار أحد الأمرين: هل يجب تشجيع حرية الصحافة والأنباء ولو على حساب تقييد حرية شغل الوظائف العامة، أم يجب على العكس تشجيع حرية شغل الوظائف العامة ولو على حساب تقييد حرية الصحافة والأنباء؟ إن الطريق الأول يفرض نفسه بمقتضى التعديل الأول للدستور[٢٨].

ثانياً: موقف القضاء الفرنسي:

٢٣ - لقد وجد في الفقه الفرنسي من نادى منذ صدور قانون الصحافة الفرنسي في عام ١٨٨١، بضرورة منح الصحافة امتيازاً يرفع عنها حرج المسئولية عما تنشره من الحوادث والأخبار، لاسيما ما كان منها متصلاً بذوي الصفة العمومية[٢٩]. كما وجد في الفقه الفرنسي من اعتقد بأن القضاء الفرنسي قد استجاب في أحكامه لهذا النداء[٣٠]. وقد استدل هذا الفقه على صحة ما يقول به ببعض الأحكام القديمة التي كان الفقيه ميمان قد أشار إليها في تعليق له في عام ١٩٣٩، لإيضاح نظريته المعروفة في حسن النية كسبب قائم بذاته لإباحة القذف في بعض الظروف التي تقتضي الإطلاق من حرية

الصحافة من أجل المصلحة العامة[٣١]. وقد جاء في بعض هذه الأحكام أن الصحفي بما ينشره من هذه الأخبار إنما يباشر مهمة تستلزمها مقتضيات مهنته، ويستعمل حقاً مشروعاً مقرراً له، وأن هذا الحق قد جرى به العرف حتى لم يعد هناك من ينازع في وجوده. وأن الصحفي لا يرمي من وراء ذلك إلى تحقير ذوي الصفة العمومية. وهو فوق ذلك كله في شبه استحالة من التمكن من تحقيق كل ما يصل إلى علمه من الأنباء والمعلومات، لاسيما ما قد ينمو إلى علمه منها من مصادر عليمة لا يرقى إليها الشك. وأن الاعتراف بوجود حق للجمهور في الإعلام الحر، بمقتضى المادة ١٩ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، يحمي حرية البحث عن الأنباء والأفكار وتلقيها وإذاعتها بكل وسائل التعبير، يوجب القول بمشروعية المهمة التي يؤديها الصحفيون في قيامهم بواجبهم المهني بنشر الأخبار[٣٢]. فلقد استنتج البعض من هذه العبارات التي ترد أحياناً في حيثيات بعض الأحكام، أن جانباً من المحاكم الفرنسية قد اعترف في أحكامه بتمتع الصحفيين بمثل هذا الامتياز الذي يعفيهم من المسئوليتين الجنائية والمدنية معاً في حالة القذف المخالف للحقيقة، طالما أن ذلك قد نشر بغرض مشروع وبحسن نية[٣٣].

٢٤ ـ لكن تدقيق النظر في الأحكام المشار إليها، يدل على خلاف ذلك: فبعضها قد ألغي بعد الطعن فيه بالاستئناف أو بالنقض، والبعض الآخر قبل دفع الصحفي بإنكار قيام جريمة القذف ذاتها بسبب انتفاء ركن القصد الجنائي الذي يفترض عادة من مجرد نشر عبارات القذف الشائنة بذاتها دون مبرر مشروع. ولكن لم يرد في هذه الأحكام، أو في غيرها، في حدود علمنا، ما يفيد الاعتراف لطائفة الصحفيين بامتياز يعفيهم من المسئولية المدنية عن نشر القذف المخالف للحقيقة، ولو كان ذلك بحسن نية. ومما يؤكد ذلك ما رددته معظم هذه الأحكام المشار إليها، في حيثياتها الأخرى التي أغفلها البعض، من أن مثل هذا النشر تشوبه الرعونة وينطوي على التسرع والخفة وعدم اتخاذ الاحتياطات الواجبة للتثبت من صحة الوقائع المسندة قبل الإقدام على نشرها[٣٤]. وذلك رغم التسليم في هذا الأحكام بأن هذا النشر لم يحدث عن سوء نية. فمن المتفق عليه أن سوء النية ليس شرطاً في المسئولية المدنية عن القذف، كما هو الحال في المسئولية الجنائية.

وهكذا، فنحن نرى مع غالبية الفقه الفرنسي الحديث، أن القضاء الفرنسي لا يعترف في أحكامه بوجود مثل هذا الامتياز، أو الحصانة أو الحماية الخاصة للصحفيين[٣٥]. بل نرى أن المحاكم الفرنسية تتجه بوجه عام نحو عدم التساهل مع الصحفيين في تقدير صحة الوقائع التي ينشرونها بحسن نية، لاسيما إذا تضمنت معنى القذف في حق الغير[٣٦]. فالأحكام كثيرة في تذكير الصحفيين بواجباتهم المهنية التي تقتضي التثبت من صحة كل خبر قبل الإقدام على نشره، ومراعاة عدم الاعتداء على سمعة الغير بالقذف[٣٧].

الفـرع الثالث

موقف قانون دولة الإمارات العربية المتحدة والقانون المصري

٢٥ ـ لم يرد في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة والقانون المصري نص يستثنى طائفة الصحفيين من الخضوع للقواعد العامة للمسئولية التقصيرية في حالة القذف في حق ذوي الصفة العمومية. ولقد أعلنت محكمة النقض المصرية ذلك بوضوح تام في أحكامها المستقرة، بقولها أن حرية الصحفي هي جزء من حرية الفرد العادي، ولا يمكن أن تتجاوزها إلا بتشريع خاص(٣٨). ولا يبدوا لنا من دراسة أحكام القضاء، أنها قد استجابت لما نادى به الفقه، من ضرورة مراعاة عدم التشدد في اعتبار ما ينشر في الصحف قذفاً، لاسيما في بعض الظروف التي تقتضي الإطلاق من حرية الصحافة من أجل المصلحة العامة(٣٩). بل يبدو لنا أنها قد تأثرت في أحكامها في هذا المجال بالاتجاه المضاد الذي يرى ضرورة عدم التساهل مع الصحافة في تقدير صحة الوقائع المسندة إلى الغير، لأن حرية الأنباء كثيراً ما تتخذ ستاراً لترويج الأباطيل والأوهام وخداع الجمهور وتضليل الرأي العام خدمة لأغراض خاصة أو تحقيقاً لربح خاص(٤٠)، وذلك على اعتبار أن تشديد مسئولية الصحفيين عما تقضي به القواعد العامة من شأنه أن يساعد على استصلاح المستوى الخلقي الذي يجب أن تلتزمه الصحف، ومنع تفشي نزعة المهاجمة عن طريق الصحف بالحق وبالباطل، لمجرد إظهار القدرة أو التطاول على النظم والشخصيات العامة(٤١).

٢٦ ـ وهكذا، قضي بأن للصحافة الحرية في نقد التصرفات الحكومية وإظهار قرائها على ما يقع من الخطأ في سير المضطلعين بأعباء الأمر وإبداء رأيها في كل ما يلابس الأحوال العامة. ولكن ليس لها الخروج عن دائرة النقد الذي يبيحه القانون ـ مهما أغلظ الناقد فيه ـ إلى دائرة القذف(٤٢). وقضى بأنه لو جاز لأصحاب الجرائد أن ينشروا كل خبر مهما كان ماساً بشرف الموظفين بحجة أنهم ينقلون إلى الجمهور ما يصل إلى علمهم، لأدى ذلك إلى إباحة القذف، إذ يكفي للتخلص من عقوبات القانون أن يجتنبوا الإسناد الشخصي، ويختاروا طرقاً أخرى للتعبير تفيد أنهم ينقلون ويرددون ما يتحدث به الناس أو يرسلونه إليهم من أخبار. وعلى هذا فصاحب الجريدة الذي رفعت عليه دعوى القذف لا يجوز له أن يتمسك بأن الخبر الذي نشره في جريدته وصل إلى علمه من مصدر عليم(٤٣). وقضى بأنه كان رائد الشارع المصري في وضع قاعدة سلامة النية، في نص المادة ٢/٣٠٢ من قانون العقوبات المصري، الحرص على المصالح العامة من أن تنالها المثالب وحماية سمعتها من تهجمات من يطعن على الموظفين ومن في حكمهم إرضاء لسخيمة في نفسه حتى ولو كان طعنه صحيحاً. فمثل هذا الطاعن يجب ألا يحتمي بأن بإمكانه إثبات صحة الوقائع التي ينسبها للمقذوف فيه، فتفسح له طرق

التشهير والزراية ويلحق بالمصالح العامة ما يغض من كرامتها . وهو على أي حال غير مضار بهذا الحكم، فإن له دائماً حق تبليغ السلطة المختصة عن الوقائع التي يستطيع إثباتها . فتسعى تلك السلطة في رد الظلم إن كان قد وقع، وفي تلافي السيئات المدعي بها في هدوء السكون وطمأنينته من غير جلبة التشهير وضوضاء القالة التي تجعل مكانة الوظائف العامة مضغة في الأفواه مهانة لدى الجمهور[٤٤] . وقضى بأن حصانة النشر المقررة في كل من المادتين ١٨٩، ١٩٠ من قانون العقوبات المصري، مقصورة على الإجراءات القضائية العلنية والأحكام التي تصدرها علناً . وأن هذه الحصانة لا تمتد إلى التحقيق الابتدائي والتحقيقات الأولية أو الإدارية . وأن نشر وقائع هذه التحقيقات أو ما يقال فيها أو يتخذ من إجراءات من ضبط وحبس وتفتيش واتهام وإحالة على المحاكمة، إنما ينشر على مسئولية الناشر، ويجوز محاسبته جنائياً عما يتضمنه النشر من قذف وسب وإهانة[٤٥] . وتجري محكمة النقض المصرية في قضاء مستقر منذ زمن طويل، على نقض الأحكام التي تقضي بإعفاء الصحفيين من المسئولية الجنائية عن القذف الصحفي المتعلق بالسلوك الوظيفي لذوي الصفة العمومية، كلما تأسس هذا الإعفاء على ثبوت صحة الوقائع المسندة، أو على الاعتقاد الصادق في صحتها، أو على الرغبة في إعلام الجماهير بما يهمها من أمور عامة، إذا كان ذلك خارج النطاق المحدد للإعفاء المنصوص عليه في المادة ٢/٣٠٢ من قانون العقوبات. وتعلل محكمتنا العليا هذا النقض بأن القصد الجنائي يتوافر في جريمة القذف متى كانت العبارات التي وجهها الصحفي المدعي عليه إلى الشخص العام شائنة بذاتها، بغض النظر عن الباعث على توجيهها . فمتى كانت الألفاظ دالة بذاتها على معاني القذف، وجبت محاسبة كاتبها بصرف النظر عن البواعث التي دفعته لنشرها[٤٦] .

٢٧ ـ وهكذا، فإن موقف القضاء المصري من فكرة الامتياز الدستوري للصحافة يكاد يطابق الموقف الذي اتخذه كل من القضاء الإنجليزي والقضاء الفرنسي في هذا الصدد : إن القذف المتعلق بالسلوك الوظيفي لذوي الصفة العمومية تنعقد المسئولية المدنية عنه وفقاً للقواعد العامة، يستوي في ذلك تماماً أن يكون القاذف صحفياً أو غير صحفي . ويستوى في ذلك أيضاً أن يكون القذف قد وقع عن طريق النشر في الصحف استعمالاً للحق في الإعلام، أولاً . ولم نجد حكماً قضائياً واحداً في أحكام محاكم دولة الإمارات العربية المتحدة يمكن أن يستدل منه على اتجاه القضاء الإماراتي اتجاهاً مخالفاً لاتجاه القضاء المصري المستقر في هذا الصدد ومن ثم، يمكن القول بضرورة انعقاد المسئولية المدنية عن القذف وفقاً للقواعد العامة في جميع الأحوال : أي وفقاً للمواد رقم ٢٨٢، ٢٩٢، ٢٩٣، ٢٩٨ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي الحالي في شأن التعويض عن الفعل الضار بوجه عام . ومع ذلك، فنحن نأمل أن تساهم دراستنا هذه لنظرية الامتياز الدستوري للصحافة، تلك النظرية الحديثة التي ابتدعها الفقه

الأمريكي، في أن يقول الفقه المصري والفقه الإماراتي كلمته في مدى الحاجة في ظل القانون الوضعي الحالي، سواء في مصر أو في الإمارات، إلى الأخذ بهذه النظرية. وهذا يقودنا إلى إيضاح مضمون هذه النظرية الجديدة.

المطلب الثاني

مضمون هذه النظرية

٢٨ - إن الجديد الذي أضافته هذه النظرية إلى فقه القانون المدني المقارن يتمثل أساساً فيما تضمنته من إيضاح لفكرة الحق في الإعلام، من ناحية أولى (الفرع الأول). وفيما اشتملت عليه من تحديد لنطاق الحق في الإعلام، من ناحية ثانية (الفرع الثاني).

الفـرع الأول

فكرة الحق في الإعلام

٢٩ - لقد أوضح أنصار هذه النظرية أنها تستهدف بادىء ذي بدء الاعتراف في القانون الوضعي بوجود ما يسمى بالحق في الإعلام كحق قائم بذاته متميز عن غيره من الحقوق الأخرى التي قد تختلط به في أذهان البعض، مثل حق التبليغ أو حق النقد. لذلك، ندرس المقصود بالحق في الإعلام (أولاً)، ثم ندرس الصلة بينه وبين غيره من الحقوق الأخرى (ثانياً).

أولاً: المقصود بالحق في الإعلام:

٣٠ - يقصد بالحق في الإعلام حق كل إنسان في أن يستخلص ويتلقى وينقل المعلومات والأنباء والآراء أو ما يسمى «بالأخبار» على أية صورة بغير تدخل من أحد[٤٧]. ويتضح من هذا التعريف الفارق بين الحق في الإعلام وحرية الصحافة. فالحق في الإعلام أوسع وأشمل من حرية الصحافة، من حيث أنه يتضمن فضلاً عن حرية النشر، حرية الوصول إلى مصادر الأخبار وحرية نقلها وإذاعتها، لا عن طريق المطبعة وحدها، بل بكافة طرق التمثيل والتعبير والإذاعة. كما يبرز هذا التعريف الفارق بين الحق في الإعلام وما يسمى بحرية الأنباء. فالحق في الإعلام أوسع وأشمل من حرية الأنباء، من حيث أنه يتضمن فضلاً عن حرية الوصول إلى مصادر الأخبار ونقلها وإذاعتها وتداولها عبر وسائل الإعلام المختلفة، حق جمهور القراء في معرفة الحقائق والأخبار حول كل ما يجري من أمور. ويجد هذا الحق سنده القانوني في نص المادة ١٩ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ١٩٤٨/١٢/١٠: لكل فرد الحق في

حرية الرأي والتعبير عنه، وهذا الحق يتضمن الحق في أن لا يزعج بسبب آرائه، والحق في البحث عن الأنباء والآراء ومعرفتها ونشرها بكل وسائل النشر بغير تقيد بحدود الإقليم. فيستفاد من هذا النص على ما يراه أنصار هذه النظرية موضوع البحث، أن للجمهور حقاً في معرفة الأخبار قائماً بذاته ومتميزاً عن حق وسائل الإعلام في البحث عن هذه الأخبار والوصول إلى مصادرها ثم نشرها[٤٨]. والفارق بين هذين الحقين هو أن أحدهما لم يوجد إلا لخدمة الآخر: فسبب وجود حق للصحفيين في الوصول إلى مصادر الأخبار دون عائق، هو تمكينهم من نشرها حتى يعلم بها جمهور القراء. وأهمية هذه التفرقة أنها تبين أن صاحب الحق في الإعلام والمستفيد الوحيد منه هو جمهور الناس. بل يمكن القول بأن القانون لا يحمي حقوق الصحفيين في البحث عن الأخبار ونشرها، إلا من أجل حماية حق الجمهور في معرفة ما يتطلع لمعرفته من أخبار. وبمقتضى الحق في الإعلام يمتنع على الدولة أو حكامها القيام بأي عمل أو إصدار أي تشريع أو حكم قضائي من شأنه المساس بالسلطات أو الميزات أو القدرات التي يخولها هذا الحق لصاحبه. ويعتبر هذا الحق في الإعلام من حقوق الإنسان أو الحقوق الطبيعية، تلك الطائفة من الحقوق التي تستهدف حماية الحريات المدنية الأساسية لكل مواطن، والتي حرصت القوانين الوضعية على حمايتها بقواعد دستورية. ويتجاوب الاعتراف بوجود الحق في الإعلام مع الضرورات الفعلية التي توجب حصول الإنسان على الأخبار حول كل ما يجري من أمور، وعدم الاكتفاء بحقه في أن ينشر رأيه في صحيفة[٤٩].

ففيما يتعلق بشؤون المجتمع الدولي، فقد صار حصول الإنسان على الأنباء أو المعلومات ضرورة فعلية يحسها كإنسان ومواطن. لأنه من جهة يعلم أن مصيره ومصير بلاده يتوقف على مواقف تجري في هذا الجانب أو ذاك من العالم، قد تقرب بين الشعوب وقد تفسد ما بينهم، فيثب بعضهم على بعض. ثم أنه مطالب بأمور على أنها واجبات لوطنه ولدولته. ولا يكون لقيامه بها معنى أدبي إلا إذا كان ذلك منه عن بينة واستنارة كافية. وفيما يتعلق بشؤون المجتمع الوطني الذي يعيش فيه، فإن حصول الإنسان على الأخبار التي يتطلع لمعرفتها حول الأعمال التي تصدر عمن يتصدون لخدمة المجتمع في المجالات المختلفة هو الذي يمكنه من العلم بالقيمة الاجتماعية لهذه الأعمال وتقدير مدى نفعها أو ضررها من الوجهة الاجتماعية حتى يستطيع ممارسة حقوقه وحرياته الأساسية الأخرى كمواطن عن بينة وعلم واستنارة كافية. ولا يغني عن ذلك أن يكون من حقه أن ينشر رأيه في صحيفة، بل يجب أن يكون من حقه معرفة الحقيقة حول كل ما يجري في المجتمع من أمور، لاسيما ما يتصل منها بأداء ذوي الصفة العمومية للأعمال العامة الموكولة إليهم، وذلك قبل أن يعبر عن رأيه في هذا الأداء. فحماية الحق في الإعلام هي التي تسبغ على حرية الرأي، وحرية القول، وحرية الصحافة والحق في النقد كل معناها وقيمتها[٥٠].

ثانياً : الصلة بين الحق في الإعلام وغيره :

(أ) الحق في الإعلام والحق في التبليغ :

٣١ - ينبغي عدم الخلط بين الحق في الإعلام والحق في التبليغ[٥١]. فالمقصود بحق التبليغ هو حق كل شخص في إخبار الحكام القضائيين أو الإداريين بأمر مستوجب لعقوبة فاعله[٥٢]. بينما يقصد بالحق في الإعلام، كما سبق القول حق كل شخص في معرفة الأخبار حول كل ما يجري في المجتمع من أمور. ويتضح من ذلك اختلاف هذين الحقين من حيث المحل ومن حيث الهدف المقصود منهما.

٣٢ - إن محل الحق في الإعلام هو تمكين جماهير الناس بصفة عامة من معرفة الأخبار العامة حول كل ما يهمهم مما يجري في المجتمع من أمور. بينما يقتصر محل الحق في التبليغ على مجرد إخطار رجال السلطة العامة الذين يختصون بتلقي البلاغات في شأن الوقائع التي تستوجب عقوبة من تنسب إليهم واتخاذ الإجراءات التي تنشأ عنها، بواقعة معينة تستوجب عقوبة فاعلها. فنطاق الحق في الإعلام أوسع وأشمل من نطاق حق التبليغ، من حيث أنه يتضمن النشر إلى الكافة بدلاً من مجرد إخطار السلطات المختصة فحسب من ناحية، كما أنه يتضمن نشر «الأخبار» ولا يقتصر على مجرد الإبلاغ بالوقائع الوجبة للعقوبة. والمقصود بالأخبار هو كل ما يتطلع الناس لمعرفته من حوادث وآراء وحقائق وما يتعلق بها من نتائج، مما يحرك اهتمامهم أو يثير كلامهم، فكل أمر في إبانة يثير اهتمام عدد من الأشخاص، يتعلق بالمصلحة العامة أو يثقف الفرد في مختلف علاقاته أو وجوه نشاطه وأفكاره أو تصرفاته الشخصية، أو يؤثر في الحياة الإنسانية أو السعادة البشرية، فهو خبر[٥٣].

٣٣ - إن الهدف المقصود من الحق في الإعلام هو تمكين الشعب من ممارسة حقه الدستوري في رقابة حسن أداء الحكومة وعمالها للأعمال العامة الموكولة إليهم، عن طريق تزويد الرأي العام بكل الحقائق حول كيفية هذا الأداء في مختلف القطاعات. وتعد هذه الرقابة من أهم السمات الأساسية التي تميز النظام الديمقراطي في الحكم عن غيره من النظم الأخرى[٥٤]. بينما ينحصر الهدف المقصود من الحق في التبليغ في مجرد تمكين السلطة المختصة في الدولة من رفع الدعوى العمومية على المتهم الذي يتم التبليغ عنه

٣٤ - وعلى ذلك، فإن الحماية التقليدية التي يكلفها القانون الوضعي للحق في التبليغ، لا يمكن أن تغني عن ضرورة حماية الحق في الإعلام حماية خاصة ومستقلة. فكما أن القانون الوضعي يحمي المبلغ ضد خطر المسئولية المدنية عن القذف في حق الغير لدى السلطة المختصة لمحاسبته، دون تفرقة بين القذف الصحيح والقذف غير الصحيح. كذلك، فإنه يجب على القانون الوضعي أن يحمي الصحافة ضد خطر

المسئولية المدنية عن القذف المتعلق بالسلوك الوظيفي لذوي الصفة العمومية، دون تفرقة بين القذف الصحيح والقذف غير الصحيح. ذلك أن الرأي العام يجب أن يسمح له بالمشاركة في رقابة السلطة المسند إليها، باعتباره السلطة المهيمنة عليها، وهي رقابة أساسية في النظام الديمقراطي(٥٦).

(ب) الحق في الإعلام والحق في النقد:

٣٥ - ينبغي عدم الخلط بين الحق في الإعلام والحق في النقد(٥٧). فالمقصود بالحق في النقد هو حق كل شخص في إبداء الرأي، التعليق أو المناقشة في كل عمل أو أمر من الأعمال أو الأمور العامة التي تهم جمهور الناس بقصد النفع العام، وذلك استناداً إلى وقائع ثابتة مطابقة للحقيقة(٥٨). بينما يقصد بالحق في الإعلام حق كل شخص في العلم بكل الحقائق والوقائع المتصلة بشئون الحياة العامة. فيقوم الحق في النقد لحماية حرية إبداء الرأي أو التعليق النزيه على الوقائع المعلومة بالفعل التي صارت في حوزة الجمهور. بينما يستهدف الحق في الإعلام تزويد الناخبين باعتبارهم أصحاب السيادة الحقيقية في النظام الديمقراطي بأكبر قدر ممكن من المعلومات المتصلة بكيفية أداء ذوي الصفة العمومية لأعمالهم، وذلك لتمكينهم من ممارسة حقهم الطبيعي في الرقابة والنقد للمصلحة العامة للمجتمع(٥٩).

٣٦ - وعلى ذلك، فإن الحماية التقليدية التي يكفلها القانون الوضعي للحق في النقد لا يمكن أن تغني عن ضرورة حماية الحق في الإعلام حماية خاصة مستقلة. فكما أن القانون الوضعي يحمي الناقد ضد خطر المسئولية المدنية عن إبداء رأيه، دون تفرقة بين الرأي الصحيح والرأي غير الصحيح. كذلك، فإنه يجب على القانون الوضعي أن يحمي الصحافة ضد خطر المسئولية المدنية عن نشر الخبر الصحفي، دون تفرقة بين الخبر الصحيح والخبر غير الصحيح. والقول بغير ذلك يهدر حق الجمهور في الإعلام الحر. إذ يترتب على خوف الصحفيين من خطر المسئولية المدنية عن نشر الخبر غير الصحيح، أن تحجب عن الرأي العام أخبار صحيحة كثيرة، نتيجة فرض رقابة ذاتية أو داخلية على نشر الأخبار الصحفية. ومما يزيد من خطورة هذه الرقابة الذاتية، صعوبة التحقق بيقين من صحة كل خبر صحفي. ليس فقط بالنسبة لذات الصحفي الذي قام بنشره، أو يريد أن ينشره. بل أيضاً بالنسبة لقضاة الموضوع الذين يؤسسون المسئولية عن نشره على أساس البت في مسألة صحته أو عدم صحته. وهم بطبيعة الحال معرضون للخطأ في تقدير ذلك(٦٠).

الفـرع الثاني

نطاق الحق في الإعلام

٣٧ - لقد أوضح أنصار هذه النظرية أنها تقصر نطاق الامتياز الدستوري للصحافة في حدود معينة وبالقدر اللازم فقط لتأمين حماية حق الجمهور في الإعلام الحر ضد خطر تقييده دون مبرر مشروع أو المساس به على أية صورة من الصور . فالامتياز لا يمنح الصحافة حصانة مطلقة تعفيها من المسئولية عن القذف في جميع الأحوال، بل حصانة نسبية ومقيدة بشروط معينة . لذلك، فقد حرص أنصار هذه النظرية على تحديد نطاق هذا الامتياز بحيث لا يتعدى الحدود المرسومة لنطاق الحق في الإعلام . ويتحدد هذا النطاق وفقاً لأحد معيارين . إما على أساس النظر إلى صفة الشخص المقذوف في حقه ، من حيث كونه ذا صفة عمومية لا فرداً عادياً (أولاً) . وإما على أساس النظر إلى طبيعة وقائع القذف المسندة إلى الشخص المقذوف في حقه ، من حيث اتصالها بحياته العامة لا بحياته الخاصة (ثانياً) .

أولاً : الصفة العمومية للشخص المقذوف :

٣٨ - يتحدد نطاق الحق في الإعلام، وفقاً لهذا المعيار ، على أساس النظر إلى صفة الشخص المقذوف في حقه ، من حيث كونه ذا صفة عمومية وليس فرداً عادياً . والمقصود بذي الصفة العمومية وفقاً للمفهوم الواسع الذي تأخذ به هذه النظرية، هو كل شخص يتصدى لقيادة الناس أو إرشادهم أو سياستهم أو العمل بإسمهم في أمر من الأمور العامة . ذلك أن مقتضى الحق في الإعلام تشجيع نقد هؤلاء الأشخاص الذين يستطيعون التأثير على المصالح العامة . بينما لا توجد مصلحة اجتماعية في تشجيع نقد الأفراد العاديين[٦١] . ولذلك، فإن الصحافة لا تستفيد من الامتياز الدستوري في حالة نشر أخبار تنطوي على القذف في حق آحاد الناس، بل تنعقد مسئولية الصحفي المدعي عليه عن هذا القذف وفقاً للقواعد العامة . وبالتالي، تفترض مسئوليته عن القذف من مجرد استعمال ونشر عبارات القذف الشائنة بذاتها، لما في ذلك من مساس بحق المدعي في صون سمعته . لكن الأمر يختلف حتماً في حالة القذف في حق ذوي الصفة العمومية، حيث تفترض المشروعية في هذا القذف الضروري الذي تبرره ضرورات الإعلام الحر . فليس للشخص العام أن يشكو من هذا القذف المشروع، لأن للصحفيين حقاً مشروعاً في ذلك استعمالاً لحق الجمهور في الإعلام الحر .

٣٩ - ولا يقال أن ذلك يهدر حق الشخص العام في السمعة، ويوجد بالتالي تفرقة بلا مبرر بين الشخص العام والفرد العادي في هذا الصدد . فإن هذه التفرقة تجد ما يبررها في مبدأ قبول المخاطر أو الرضاء الضمني بحدوث الضرر ، من ناحية أولى . كما

أنها تجد ما يبررها في مبدأ رجحان الحق في الإعلام أو أولويته، من ناحية أخرى.

٤٠ ـ ففيما يتعلق بالاستناد إلى مبدأ قبول المخاطر أو الرضاء الضمني بحدوث الضرر، يمكن القول بأن الشخص العام، بقبوله التصدي للعمل العام مع العلم بالمخاطر المحيطة به والمتمثلة في التعرض للطعن في تصرفاته على صورة أشد مما يتعرض لها الفرد العادي، يكون بذلك قد قبل ضمناً تحمل تبعة القذف غير الصحيح فيما ينشر عنه في الصحف من نقد. بينما يختلف الأمر بالنسبة للفرد العادي الذي لم يطمع في الامتياز على غيره بالتعرض لقيادة الناس أو إرشادهم أو الإشراف على مصالحهم أو تدبير أموالهم، وآثر الحياة بعيداً عن مجالات العمل العام، ومن ثم يكون له أن يشكو من الطعن في تصرفاته[٦٢].

٤١ ـ أما فيما يتعلق بالاستناد إلى مبدأ رجحان الحق في الإعلام أو أولويته بالرعاية: يمكن القول بأن الأمور المتعلقة بتصرفات الشخص العام هي ذات الأمور التي تدخل في نطاق الحق في الإعلام، والتي يكون من حق الجمهور أن يعلم بها. ومن ثم، يترتب على السماح للشخص العام بالشكوى من نشرها، تقييد حق الجمهور في الإعلام الحر من أجل الدفاع عن مصلحة الشخص العام في السمعة. وهذه نتيجة غير مقبولة لأنها تتجاهل مقتضيات رجحان الحق في الإعلام على حق الشخص العام في السمعة. لا سيما وأن الشخص العام بما لديه من سلطة ونفوذ يستطيع أن يستعمل حقه في الرد أو التصحيح، ومن ثم، فإنه يكون أقل حاجة إلى حماية سمعته من الشخص العادي[٦٣]. الأمر الذي ينعدم معه أي مبرر معقول لإلغاء وتقييد الحق في الإعلام بدعوى توفير هذه الحماية المزعومة لسمعة الشخص العام. إن قانون المسئولية التقصيرية عن القذف يجب أن يأخذ في اعتباره أن للحق في الإعلام قيمة اجتماعية أفضل وأولى بالرعاية من قيمة حق الشخص العام في السمعة[٦٤]. لذلك، ينبغي عدم السماح للأشخاص العامة بالشكوى من القذف المخالف للحقيقة الذي تنشره الصحف في حقهم، إلا في حالة ثبوت إساءة استعمال الحق في الإعلام.

ثانياً: اتصال القذف بالحياة العامة للمقذوف:

٤٢ ـ يتحدد نطاق الحق في الإعلام، وفقاً لهذا المعيار، على أساس النظر إلى طبيعة وقائع القذف المسندة إلى الشخص المقذوف في حقه، من حيث اتصالها بأمور حياته العامة، لا بشؤون حياته الخاصة[٦٥]. فليست كل تصرفات الشخص العام مما يدخل في نطاق الحق في الإعلام. وإنما يقتصر ذلك على ما يتعلق منها بمجال حياته العامة. والمقصود بالحياة العامة، وفقاً للمفهوم الواسع الذي تأخذ به هذه النظرية، هو كل أمر أو عمل يقوم به الشخص العام، إذا كان من شأنه التأثير على صلاحيته أو ملاءمته لأداء العمل العام الموكول إليه. والأصل أن كل واقعة شائنة تنسب إلى الشخص

العام، في أي أمر من أمور حياته تؤثر على صلاحيته لأداء عمله العام، ومن ثم تدخل في نطاق حياته العامة. ولكن هذه القرينة ليست قرينة قاطعة، بل تسقط أمام الدليل على العكس. فالأصل أن من يتقدم لتولي قيادة زمام المصالح العامة يعلن عن نفسه جدارة تؤهله لما يطلبه. فلا يسمح له أن يرسم في شخصه مناطق يحرم التعرض لها. بل يكون عليه أن يبرز أمام الرأي العام في أدق نواحيه وجزئياته[٦٧]. لكن المصلحة العامة لا تكتسب من الطعن في بعض شئون الحياة الخاصة للشخص العام، إذا تبين عدم وجود أي صلة على الإطلاق بين وقائع القذف المسندة وبين ملاءمة المقذوف أو صلاحيته لأداء العمل العام الموكول إليه. لذلك يجب أن يسمح للشخص العام بالشكوى من القذف في هذه الحالة على أساس إساءة استعمال الحق في الإعلام[٦٨].

٤٣ - يخلص من دراسة نظرية الامتياز الدستوري للصحافة، أن هذه النظرية تتجاوب مع ضرورات الإعلام التي تقتضي تشجيع الصحافة والصحفيين على نشر الحقائق حول أداء ذوي الصفة العمومية للعمل العام الموكول إليهم، دون خوف من المسئولية المدنية عن القذف. وأن الوسيلة التي تقترح النظرية استخدامها لتحقيق هذا الهدف تتمثل في التوسع في أسباب دفع المسئولية المدنية عن القذف ومدها إلى القذف المخالف للحقيقة فضلاً عن القذف المطابق للحقيقة. ويجد هذا التوسع سنده القانوني في مبدأ الاستعمال المشروع للحق في الإعلام من ناحية وفي مبدأ رجحان الحق في الإعلام على مصلحة ذوي الصفة العمومية في سمعتهم من ناحية ثانية، وفي مبدأ الرضاء الضمني بحدوث الضرر، من ناحية ثالثة. وتبنى النظرية على ذلك ضرورة القول بإعفاء الصحفيين من المسئولية المدنية عن القذف في حق ذوي الصفة العمومية، إلا في حالة ثبوت إساءة استعمال الحق في الإعلام.

المبحث الثاني

حظ هذه النظرية من التطبيق

٤٤ - إذا كانت اعتبارات المصلحة العملية التي قامت هذه النظرية القانونية من أجل تحقيقها على النحو السابق بيانه. اعتبارات حقيقية ومشروعة وجديرة بالرعاية. وكانت الوسائل الفنية التي اقترح أنصار النظرية استخدامها في هذا الصدد، على التفصيل الذي تقدم، وسائل مشروعة وممكنة. ثار التساؤل عن حظ هذه النظرية من التطبيق في القانون المقارن.

وندرس ذلك في مطلبين. نتناول في الأول دراسة نشوء مسئولية الصحفي بسبب المساس بحق ذي الصفة العمومية في السمعة. ثم ندرس في الثاني دفع هذه المسئولية بسبب استعمال الصحفي المدعي عليه حق الجمهور في الإعلام بالخبر أو الواقعة المنطوية على القذف في ذي الصفة العمومية.

المطلب الأول

نشـــوء المسئولية

٤٥ ـ تنشأ مسئولية الصحفيين المدنية عن القذف في حق ذوي الصفة العمومية إذا توافرت أركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية. لذلك ندرس شرط الخطأ (الفرع الأول). ثم ندرس شرط الضرر (الفرع الثاني). وليس هناك من جديد في مجال علاقة السببية. ومن ثم لن نتعرض لها بالدراسة.

الفـرع الأول

شرط الخطـــأ

٤٦ ـ يمكن النظر إلى القذف الذي ينشره الصحفي في حق ذي الصفة العمومية من ناحيتين مختلفتين.

فيمكن القول، من ناحية أولى، بأن الأصل أن القذف اعتداء غير مشروع على حق الغير في السمعة. ومن ثم، فإن خطأ القاذف يكون مفترضاً من مجرد نشر القذف، فيعفى المقذوف في حقه بالتالي تماماً من عبء إثبات شرط الخطأ.

ولكن يمكن القول من ناحية أخرى، بأن القذف الذي ينشره الصحفي في حق ذي الصفة العمومية فعل مشروع. لأن الصحفي يستعمل بذلك حقه في إعلام الجمهور بالخبر أو الواقعة التي نشرها، ولأن الجمهور كان من حقه أن يعلم بهذه الواقعة أو بذلك الخبر. وأن مصلحة الجمهور في العلم أو المعرفة، تأتي هنا قبل مصلحة ذي الصفة العمومية على سمعته، وتفضل عليها من وجهة نظر القانون الوضعي. ومن ثم، فإن خطأ الصحفي لا يجوز القول بافتراض تحققه من مجرد إسناد الواقعة المشينة إلى ذي الصفة العمومية، بل يجب على هذا الأخير أن يقوم بإثبات الخطأ في جانب الصحفي، أي بإثبات تعسفه في استعمال الحق في الإعلام.

لذلك، ندرس الاتجاه القائل بافتراض تحقق عنصر الخطأ من مجرد نشر القذف (أولاً). ثم ندرس الاتجاه القائل بضرورة إثبات خطأ القاذف بإثبات تعسفه في استعمال حق الاعلام (ثانياً).

أولاً : افتراض تحقق الخطأ :

٤٧ ـ الأصل أن تناط المسئولية التقصيرية بخطأ يقام الدليل عليه. ومن ثم، يجب على المدعي، كقاعدة عامة، أن يثبت أن المدعي عليه قد انحرف عن السلوك المألوف «للصحفي الحريص» فأصاب المدعي بالضرر (٦٩). لكن القضاء المقارن خرج على

هذا الأصل فيما يتعلق بالمسئولية التقصيرية عن القذف، إذ تجري المحاكم عادة على القول بافتراض تحقق الخطأ التقصيري في هذه الحالة من مجرد نشر عبارات القذف، دون النظر إلى مسألة الانحراف عن السلوك المألوف للصحفي الحريص، وبقطع النظر عن مسألة النية أو الدافع أو القصد.

وندرس تطبيق ذلك في القانونين الإنجليزي والأمريكي (أ)، ثم في القانونين المصري والفرنسي من ناحية، وفي قانون دولة الإمارات العربية المتحدة من ناحية أخرى (ب).

(أ) في القانونين الإنجليزي والأمريكي:

٤٨ - انعقد إجماع الفقه الإنجليزي والفقه الأمريكي، على القول بأن المسئولية التقصيرية عن القذف مسئولية مفترضة قانوناً، لأنها تقوم على أساس خطأ تقصيري مفترض دائماً في جانب القاذف من مجرد نشره العبارات المنطوية على القذف في حق الغير[٧٠]. فالسوابق القضائية مستقرة منذ زمن طويل على أن القذف المدني يتحقق بمجرد اطلاع شخص آخر غير المقذوف في حقه، على العبارات القذفية، سواء حدث الاطلاع عليها عن علم أو إهمال من القاذف أو دون علمه أو إهماله. فكل ما يجب على المدعي أن يثبته حتى تقوم القرينة القانونية على توافر ركن الخطأ في جانب المدعي عليه، هو أن العبارات التي نشرها هذا الأخير تنطوي على معنى من شأنه أن يمس بسمعة المدعي في نظر الغير. فمتى ثبت ذلك اعتبر المدعي عليه مخطئا، لأنه اعتدى على حق المدعي في السمعة، ولا ينتفي هذا الخطأ، على ما يجري عليه القضاء، إلا إذا تبين للمحكمة أنه لا يوجد إنسان عاقل واحد على ظهر الأرض يمكنه أن يفهم أن المدعي هو المقصود بالقذف الذي يشكو منه[٧١].

٤٩ - ولقد قضى تطبيقاً لذلك، بأن القرينة القانونية التي تفترض الخطأ التقصيري في جانب القاذف من مجرد نشر عبارات القذف، لا تسقط بإثبات الصحفي المدعي عليه أنه لم يكن يعلم أصلاً بوجود المدعي أو لم يقصده هو بالذات بما نشره من عبارات القذف، بل كان يشير بالإسم المنشور، الذي تصادف أن يطابق بالكامل اسم المدعي، إلى شخص وهمي لا وجود له في الواقع[٧٢]. كما قضى بتحقق مسئولية الصحفي بناءاً على الخطأ المفترض من مجرد نشر القذف، في حالة ثبوت خطأ مادي أو مطبعي في الإسم أو في الصورة، أو في العنوان، ترتب عليه فهم الغير أن المدعي هو المقصود بالقذف، رغم ثبوت عدم اتجاه نية الصحفي المدعي عليه إلى الإشارة إلى المدعي بما نشره من قذف[٧٣]. ويشير الفقه الأنجلو أمريكي في ذلك عادة إلى عبارة تتردد كثيراً في أحكام القضاء في هذا الصدد هي: أن المسألة ليست مسألة من هو الشخص المقصود بالقذف. بل مسألة من هو الشخص الذي أصيبت سمعته بالضرر بسبب نشر هذا القذف[٧٤].

وقضى كذلك بأن قرينة الخطأ المفترض من نشر القذف لا تسقط لمجرد إثبات الصحفي المدعي عليه أنه كان يقصد مدح المدعي والإشادة به لا ذمه ولا إهانته، وأن المعنى المشين للألفاظ المنشورة نتج عن خطأ مطبعي غير مقصود في بعض الحروف[٧٥]. ويجري القضاء بوجه عام في أحكامه على الحكم بأنه متى كان القذف ينطوي على إسناد وقائع مشينة بذاتها إلى المدعي، فإن هذا الأخير يعفى كلية من إثبات الخطأ أو سوء النية أو عدم صحة وقائع القذف، لأن كل هذه الأمور تكون مفترضة قانوناً من مجرد نشر عبارات القذف، ومن ثم تكفي للحكم للمضرور بالتعويض[٧٦]. ولا يغير من ذلك، على ما استقر عليه القضاء الإنجليزي، وكان يجري عليه القضاء الأمريكي حتى سنة ١٩٦٤، استناد الصحفي المدعي عليه إلى قيامه بواجبه في إعلام الجمهور بما يهمه معرفته من أمور، لأن كل ما ينشره الصحفي من قذف في حق الغير، إنما ينشره على مسئوليته ويتحمل جميع نتائجه[٧٧]. ولا يغير من ذلك أيضاً التمسك بتمتع المدعي بالصفة العمومية، أو بتعلق القذف بسلوكه الوظيفي، لأن حق النقد والتعليق النزيه لا يعفي الناقد أو المعلق من مسئوليته عن القذف في حق الغير[٧٨].

٥٠ ـ ويستند موقف كل من القانون الإنجليزي والقانون الأمريكي في هذا الصدد إلى اعتبارات تاريخية[٧٩]. فلقد ظهر قانون المسئولية التقصيرية عن القذف في عصر تقدس فيه سمعة عمال الحكومة، وينظر فيه بعين الشك والريبة إلى الصحافة والصحفيين. بل أن الهدف الحقيقي من المسئولية عن القذف كان يتمثل في ذلك الوقت في منع الصحافة من المساس بسمعة الحكومة وعمالها[٨٠]. فلم يكن يتبادر إلى ذهن أحد في هذا العصر، أن من ضمن أهداف قانون المسئولية التقصيرية عن القذف هدفاً يتمثل في رعاية ضرورات حق الجمهور في الإعلام الحر. فلم يتضح هذا الهدف إلا في العصر الحديث.

(ب) في القانونين المصري والفرنسي وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة :

٥١ ـ وقريب من ذلك ما ذهب إليه الفقه والقضاء في كل من القانونين المصري والفرنسي بوجه عام من أن الخطأ التقصيري المتمثل في الانحراف عن السلوك المألوف، بالمعنى المقصود في كل من المادتين ١٦٣ مدني مصري من ناحية، و١٣٨٢ مدني فرنسي من الأخرى، يفترض توافره لدى القاذف كلما كانت عبارات القذف بحكم مدلولها تشين سمعة من وجهت إليه[٨١]. فإذا كانت عبارات القذف ذاتها من الصراحة والوضوح بحيث يكون من المفروض علم القاذف بمدلولها، وبأنها تمس المقذوف في سمعته، فإن هذا الأخير لا يكون في حاجة إلى إثبات تحقق عنصر الخطأ. أساس ذلك، على ما تراه غالبية المحاكم والشراح، أن الأصل أن القذف اعتداء غير مشروع على حق

المقذوف في السمعة، ومن ثم، فإن مجرد ثبوت وقوع الاعتداء على السمعة عن طريق نشر القذف يعني بالضرورة ثبوت تحقق الخطأ في جانب القاذف. فمن يقذف الغير يعتبر مخطئاً، بحسب الأصل، لأنه اعتدى بذلك على الحق في السمعة. لذلك يذهب الفقه والقضاء إلى القول بأن المساس بالسمعة يتحقق من مجرد القذف متى كانت عباراته شائنة بذاتها، وأن المقذوف يعفى بالتالي تماماً من إثبات الخطأ[٨٢]. ونحن نرى أن مثل ذلك الحكم يصح القول به أيضاً في ظل قانون المعاملات المدنية الحالي لدولة الإمارات العربية المتحدة. فمن المعلوم أن المادة رقم (٩٠) من هذا التقنين الجديد بما نصت عليه من أنه: «لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر» إنما تكون بذلك قد اعترفت بوجود ما يسمى «بالحقوق الملازمة لشخصية الإنسان» ومن بينها الحق في السمعة. مؤدى ذلك أن خطأ القاذف يفترض دائماً من مجرد حدوث واقعة القذف، دون أي إثبات آخر.

٥٢ - وتجري محكمة النقض المصرية والفرنسية على السواء، على تأييد الأحكام التي تكتفي في بيان تحقق ركن الخطأ التقصيري في جانب القاذف بمجرد الإشارة إلى ما تتضمنه عبارات القذف الشائنة بذاتها والمقذعة من خدش شرف المجني عليه والمساس باعتباره والحط من قدره في أعين الناس، على أساس أن هذا البيان يتضمن في ذاته الإحاطة بأركان المسئولية التقصيرية جميعاً من خطأ وضرر وعلاقة سببية مما يستوجب الحكم على مقارفه بالتعويض[٨٣]. وترفض المحكمتان الحكم بنقض الأحكام التي تقضي للمقذوف بحقه في التعويض عن القذف، رغم ما قد يدفع به القاذف من أنه نشر خبر القبض على متهم وأخطأ في ذكر إسمه على صورة تجعل القارىء يعتقد أن المقبوض عليه شخص آخر معين[٨٤]. أو أنه نشر إعلاناً بناء على طلب أحد الناس يتضمن وقائع قذف لم ينتبه إليها عند النشر ولم يعرف مغزاها[٨٥]. أو أنه كان يقصد الدفاع عن المصلحة العامة، أو إنارة الرأي العام، أو أداء واجبه الإعلامي، أو كان يعتقد في صحة ما قذف به[٨٦]، أو من عدم وجود ضغائن أو عداوة شخصية بينه وبين المقذوف[٨٧].
ولم نجد في أحكام القضاء في دولة الامارات العربية المتحدة حكماً يخالف ذلك. بل نعتقد أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي يوجب الأخذ بنفس الاتجاه الذي أخذ به القضاء المصري في ذلك الصدد: إذ يفهم من عبارة المادة ٩٠ من هذا القانون أن مجرد الاعتداء على الحق في السمعة يكفي وحده لثبوت الخطأ في جانب القاذف، فلا يكلف المقذوف بإثبات توافر ركن الخطأ في هذه الحالة، لنفس الأسباب التي استند إليها كل من القضاء المصري والقضاء الفرنسي في هذا الميدان.

على ما استقر عليه القضاء الإنجليزي، وكان يجري عليه القضاء الأمريكي حتى سنة ١٩٦٤، استناد الصحفي المدعي عليه إلى قيامه بواجبه في إعلام الجمهور بما يهمه معرفته من أمور، لأن كل ما ينشره الصحفي من قذف في حق الغير، إنما ينشره على مسئوليته ويتحمل جميع نتائجه(٧٧). ولا يغير من ذلك أيضاً التمسك بتمتع المدعي بالصفة العمومية، أو بتعلق القذف بسلوكه الوظيفي، لأن حق النقد والتعليق النزيه لا يعفي الناقد أو المعلق من مسئوليته عن القذف في حق الغير(٧٨).

٥٠ ـ ويستند موقف كل من القانون الإنجليزي والقانون الأمريكي في هذا الصدد إلى اعتبارات تاريخية(٧٩). فلقد ظهر قانون المسئولية التقصيرية عن القذف في عصر تقدس فيه سمعة عمال الحكومة، وينظر فيه بعين الشك والريبة إلى الصحافة والصحفيين. بل أن الهدف الحقيقي من المسئولية عن القذف كان يتمثل في ذلك الوقت في منع الصحافة من المساس بسمعة الحكومة وعمالها(٨٠). فلم يكن يتبادر إلى ذهن أحد في هذا العصر، أن من ضمن أهداف قانون المسئولية التقصيرية عن القذف هدفاً يتمثل في رعاية ضرورات حق الجمهور في الإعلام الحر. فلم يتضح هذا الهدف إلا في العصر الحديث.

(ب) في القانونين المصري والفرنسي وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة:

٥١ ـ وقريب من ذلك ما ذهب إليه الفقه والقضاء في كل من القانونين المصري والفرنسي بوجه عام من أن الخطأ التقصيري المتمثل في الانحراف عن السلوك المألوف، بالمعنى المقصود في كل من المادتين ١٦٣ مدني مصري من ناحية، و١٣٨٢ مدني فرنسي من الأخرى، يفترض توافره لدى القاذف كلما كانت عبارات القذف بحكم مدلولها تشين سمعة من وجهت إليه(٨١). فإذا كانت عبارات القذف ذاتها من الصراحة والوضوح بحيث يكون من المفروض علم القاذف بمدلولها، وبأنها تمس المقذوف في سمعته، فإن هذا الأخير لا يكون في حاجة إلى إثبات تحقق عنصر الخطأ. أساس ذلك، على ما تراه غالبية المحاكم والشراح، أن الأصل أن القذف اعتداء غير مشروع على حق

يثبت «بأدلة واضحة ومقنعة»، أن الصحفي المدعي عليه قد أقدم على نشر هذا القذف عن «سوء قصد». وقد أوضحت المحكمة في حكمها أن المقصود «بسوء القصد» هنا هو: «أن القاذف كان يعلم بعدم صحة وقائع القذف المسندة، أو على الأقل كانت لديه أسباب جدية ترجح عدم صحة هذه الوقائع، وأنه قد أقدم على النشر بدافع من الحقد والكراهية والرغبة في التشهير بسبب ضغائن شخصية».

٥٤ ـ ولقد تشدد القضاء الأمريكي تشدداً ملحوظاً في تفسير المعنى المقصود

«بالأدلة الواضحة المقنعة» التي تكفي لإثبات «سوء القصد»، كشرط ضروري لانعقاد مسئولية الصحفي المدعي عليه في هذه الحالة. ولقد بلغ هذا التشدد حداً وصفه المعلقون بأنه يكاد يعادل في نتيجته العملية إلغاء حق ذوي الصفة العمومية في الحصول على تعويض عما يلحقهم من أضرار بسبب القذف في حقهم عن طريق النشر في الصحف(٩٧).

ففي قضية سوليفان ضد نيويورك تايمز، سالفة الذكر، حكمت المحكمة العليا برفض دعوى التعويض على أساس أنه لا يكفي لإثبات سوء القصد أن الصحفي المدعي عليه لم يقم بالتحري عن صحة وقائع القذف المسندة من واقع الملفات التي تحتفظ بها الجريدة في هذا الشأن. وقضى في أحكام أخرى للمحكمة العليا، بأنه لا يكفي لذلك كذلك إثبات إهمال الصحفي المدعى عليه المتمثل في عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة للتثبت من صحة الخبر المنطوي على القذف قبل نشره(٩٨). أو اثبات توافر نية الإضرار أو الرغبة في الانتقام والتشهير في جانب الصحفي المدعى عليه(٩٩). أو إثبات عدم صحة وقائع القذف المسندة. طالما لم يثبت للمحكمة «ثبوتاً قاطعاً» تعمد الكذب، أو على الأقل رجحان هذا التعمد المستمد من توافر أسباب جدية لدى المدعى عليه تجعله يعتقد في مخالفة الوقائع المسندة للحقيقة، وإقدامه على نشرها رغم ذلك بنية الإضرار(١٠٠).

الفـرع الثاني

شرط الضرر

٥٦ - الضرر إخلال بمصلحة مالية أو أدبية مشروعة للمضرور، وهو الركن الثاني للمسئولية التقصيرية، فليس يكفي لنشوء هذه المسئولية أن يقع خطأ، بل يجب أن يحدث الخطأ ضرراً. والأصل أن يكون عبء إثبات تحقق الضرر على عاتق المضرور الذي يدعيه ويطالب بالتعويض عنه، ومن ثم، فإن عدم تمكن المضرور من إثبات كنه الضرر الذي أصابه أو تحققه ومداه يستوجب الحكم برفض دعواه.

ومع ذلك، فمن المتفق عليه دون جدال في الفقه والقضاء المقارن بوجه عام، أن مجرد الاعتداء على حق ثابت لشخص ما يجيز له أن يطالب بالتعويض عما أصابه من الضرر الأدبي، حتى ولو لم يصيبه ضرر مادي من هذا الاعتداء. ولقد جرى القضاء المقارن في أحكامه بوجه عام على الحكم بالتعويض لمن اعتدى عليه بالقذف في أحوال لا يمكن القول فيها بتوافر أي ضرر مادي على الإطلاق. أساس ذلك أن القذف اعتداء على حق المدعى في السمعة، وبالتالي يجيز له أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر أدبي. لكن صعوبة إثبات تحقق الضرر المترتب على القذف من ناحية، وحرص المحاكم

على عدم إفلات القاذف من المسئولية المدنية عن القذف من ناحية أخرى، دفعت بالقضاء المقارن إلى أن يتجه في أحكامه بوجه عام نحو الاكتفاء في شأن تحقق شرط الضرر بمجرد ثبوت نشر عبارات القذف المشينة بذاتها، دون تطلب أي دليل آخر(١٠١).

٥٧ - وقد لاحظ الفقه الأنجلو أمريكي أن التعويض الذي تجري المحاكم على الحكم به للمقذوف مقابل الضرر المترتب على القذف في حقه يمثل حالة من الحالات النادرة التي لم يتردد القضاء في الاعتراف فيها بقابلية الضرر الأدبي للتعويض عنه في مجال المسئولية التقصيرية بوجه عام(١٠٢). وأن المحاكم الإنجليزية والمحاكم الأمريكية على السواء، لا تكلف المدعى بإثبات عنصر الضرر، بل تفترض تحقق ذلك من مجرد نشر القذف(١٠٣). والأحكام كثيرة جداً في قضاء كل من البلدين على السواء، في أن العبرة في تحقق ركن الضرر هي بأن يكون من شأن وقائع القذف المسندة الإضرار بسمعة المدعى، حتى ولو لم يقع هذا الضرر بالفعل(١٠٤). ولقد قضى تطبيقاً لذلك برفض الدفع بانتفاء الضرر بسبب سوء سمعة المدعى، أو بسبب عدم تصديق أحد من معارفه صحة ارتكابه الوقائع المسندة إليه، أو بسبب جودة سمعته بدرجة كبيرة تستبعد تعرضه لأن يشك أحد في صحة ارتكابه مثل هذه الأفعال(١٠٥). وقد لاحظ المعلقون بوجه عام أن المحاكم تجري على افتراض جسامة الضرر المترتب على القذف الصحفي على وجه الخصوص، وذلك على اعتبار أن النشر في الصحف يساعد على وصول القذف إلى مختلف الأفراد، ويجعل من الصعب استدراك الضرر(١٠٦). وتجري المحاكم عادة على الربط في أحكامها بين درجة جسامة الضرر المترتب على القذف الصحفي من ناحية وبين عدد النسخ المنشور فيها القذف والتي تم توزيعها بالفعل: فكلما زاد هذا العدد زادت جسامة الضرر. وقد لاحظ الفقه المقارن مغالاة المحاكم الأمريكية والمحاكم الإنجليزية في تقدير قيمة التعويض المقضى به في هذا المجال(١٠٧). الأمر الذي يشكل عبئاً مالياً كبيراً على الصحف، بالنظر إلى كثرة ما ترفع عليها من دعاوى التعويض عن القذف الصحفي، لاسيما في حق ذوي الصفة العمومية(١٠٨). مما قد يؤثر تأثيراً سيئاً على حرية تدفق الأنباء وتداولها دون قيود، ومن ثم على المساس بحق الجمهور في الإعلام الحر(١٠٩).

٥٨ - وإذا كان صحيحاً أن القضاء المصري والقضاء الفرنسي، لا يغاليان عادة في تقدير قيمة التعويضات المقضى بها للمضرورين في هذا المجال، على النحو الذي يجري عليه القضاء الإنجليزي والقضاء الأمريكي بوجه عام، إلا أنه من الثابت لدينا بيقين أنهما يفترضان مثلهما تماماً تحقق الضرر المترتب على القذف من مجرد نشر عباراته الشائنة بذاتها، دون حاجة إلى أي إثبات آخر(١١٠). ويقوم هذا القضاء على أساس أنه متى كانت عبارات القذف شائنة ومقذعة بذاتها وبحكم مدلولها، فإنها تتضمن بالضرورة مساساً

بحق المضرور في السمعة، الأمر الذي يستلزم حتماً وجود الضرر[111]. فمجرد المساس بالحق في السمعة عن طريق القذف يستتبع بالضرورة توافر الضرر. بل لقد ذهبت بعض المحاكم إلى القول بأن القذف يعطي المقذوف الحق في التعويض دون أن يكون قد تم إثبات الضرر[112]. ولقد استقر قضاء النقض في كل من القانونين المصري والفرنسي بوجه عام، على رفض نقض الأحكام التي تقضي بالتعويض عن القذف، دون بيان عناصر الضرر المقضى بالتعويض عنه: فتكتفي محكمة النقض في كل من البلدين، عادة، في بيان توافر شرط الضرر المترتب على القذف، بمجرد الإشارة إلى ما تتضمنه عبارات القذف من مساس بحق المضرور في السمعة. ولقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها في ١٩٦٤/١١/١٧، برفض الطعن في حكم بالتعويض عن القذف بسبب عدم بيان الحكم المطعون فيه عناصر الضرر المقضى بالتعويض عنه. ولقد جاء في حكم محكمة النقض في رفض الطعن وتأييد الحكم بالتعويض: إذا كان مؤدي ما أورده الحكم في مدوناته أن نشر المقال كان من شأنه خدش شرف المجني عليه والمساس باعتباره والحط من قدره في أعين الناس، لما تضمنه من التشهير به والسخرية من نشأته والطعن في نزاهته واستقامته، وكان هذا البيان يتضمن في ذاته الإحاطة بأركان المسئولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، مما يستوجب الحكم على مقارفه بالتعويض. فلا تثريب على المحكمة إن هي لم تبين عناصر الضرر الذي قدر على أساسه مبلغ التعويض المحكوم به، إذ الأمر في ذلك متروك لتقديرها بغير معقب عليها[113].

٥٩ ـ هذا الاتجاه العام في القضاء المقارن نحو القول بافتراض تحقق شرط الضرر من مجرد حدوث القذف، هو اتجاه قائم أيضاً في القضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة، وهو اتجاه عام يعكس بوضوح تام اتجاه المحاكم نحو الاعتراف بوجود حق للفرد على سمعته وتأكيد الحماية القانونية اللازمة لهذا الحق. ولعل ذلك يفسر إلى حد ما أن القضاء الأمريكي لم يؤسس حكمه برفض التعويض عن القذف الصحفي في حق ذوي الصفة العمومية على أساس عدم تحقق عنصر الضرر. بل اتجه في سبيل ذلك إلى الاستناد إلى انتفاء عنصر الخطأ. لذلك، فإن معظم الدفوع التي يدفع بها الصحفيون في هذا المجال، تدور في جملتها حول إثبات عدم توافر ركن الخطأ، وهذا هو ما ننتقل إلى دراسته الآن.

المطلب الثاني

دفـع المسئولية

٦٠ ـ إذا نشأت المسئولية المدنية للصحفي المدعي عليه عن القذف في حق ذي الصفة العمومية، على النحو السابق بيانه، ثار التساؤل عن الشروط الواجب توافرها حتى يستطيع الصحفي المسئول دفع مسئوليته عن هذا القذف، استناداً منه إلى الحق في الإعلام.

يتعين للإجابة على ذلك التفرقة بين حالة صحة وقائع القذف المسندة أو «الدفع بالحقيقة» من ناحية (الفرع الأول)، وبين حالة عدم صحة وقائع القذف المسندة أو «الدفع بالامتياز الدستوري للصحافة» من ناحية أخرى (الفرع الثاني).

الفـرع الأول

الدفـع بالحقيقة

٦١ ـ الأصل في القانون المقارن بوجه عام أن ثبوت صحة وقائع القذف المسندة للمقذوف لا يعفي القاذف من المسئولية المدنية عن هذا القذف. فلا يقبل من القاذف كقاعدة عامة في القانون المقارن، أن يدفع مسئوليته عن القذف بإثبات حقيقة ما قذف به. لكن معظم المشرعين قد خرجوا على ذلك الأصل العام، بالنص على إعفاء القاذف من المسئولية المدنية عن القذف، وذلك نزولاً منهم على ضرورات الإعلام. ويمكن التمييز في هذا الصدد بين القانونين الإنجليزي والأمريكي من ناحية (أولاً). وبين القانونين المصري والفرنسي وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة من ناحية أخرى (ثانياً).

أولاً: في القانونين الإنجليزي والأمريكي

٦٢ ـ لم تكن صحة وقائع القذف التي أسندها القاذف للمقذوف تعفي من المسئولية المدنية عن القذف، في السوابق القضائية المستقرة في كل من القانونين الإنجليزي والأمريكي[١١٤]. بل كانت المحاكم تجري على العكس على الحكم بأن ثبوت صحة القذف يعتبر عاملاً يؤدي إلى زيادة الضرر، وبالتالي إلى تشديد المسئولية ورفع قيمة التعويض المقضي بها عنه[١١٥].

لكن قانون اللورد كامبل لسنة ١٨٤٣، ألغى تلك القاعدة في القانون الإنجليزي. ثم تبعته جميع الولايات المتحدة الأمريكية في ذلك[١١٦]. ومن ثم، أصبح يجوز دائماً للقاذف أن يدفع مسئوليته المدنية عن القذف بإثبات مطابقة ما قذف به للحقيقة، وأصبحت الحقيقة سبباً للإعفاء من المسئولية المدنية عن القذف إعفاءاً مطلقاً[١١٧]. ولقد ورد في

تبرير النص على هذا الاعفاء أنه يستقيم مع ضرورات الاعلام التـي تقتضي تشجيـع حـريـة تداول الحقيقة ونشرها على أوسع نطاق دون قيود[١١٨] . ويعتبر أن المدعي عليه يكون بذلك قد أدى خدمة عامة تتمثل في الكشف عن حقيقة عمل المدعي . ويتجاوب مع السياسة التشريعية العامة في كل من هذين القانونين التي تأبى من ناحية أولى أن تقيد حرية نشر الحقيقة خوفاً من دعاوي التعويض . كما تأبى من ناحية أخرى أن يسمح للمدعي بالحصول على تعويض مقابل ضرر مزعوم لحقه في صفات ليست فيه أو لا يستحق أن تنسب إليه[١١٩] . وذلك على اعتبار أن القانون الوضعي يحمي السمعة الحقيقية ، تلك التي استحقها المدعي وكان جديراً بها بالفعل . لكنه لا يجب أن يحمي فوق ذلك السمعة الكاذبة التي تخالف الحقيقة . وبأن هذا الإعفاء يقوم على أساس رجحان حق الجمهور في الإعلام ، الذي يقتضي تزويدهم بمعلومات صحيحة مطابقة للحقيقة حول كل ما يجري من أمور ، على حق المقذوف في صون سمعته الكاذبة . فيعفي القاذف من المسئولية عن القذف لأنه يكون بذلك قد صان في ذات الوقت حقاً يربو في القيمة الاجتماعية على الحق الذي أهدره ، ومن ثم فهو أولى منه بالرعاية . ففي هذه الحالة يباح القذف من أجل رعاية الحق الذي صانه[١٢٠] .

٦٣ - وقد لاحظ الفقه أن القانون الوضعي مازال يراعي حق الفرد في صون سمعته بدليل أنه مازال يفترض دائماً عدم صحة وقائع القذف المسندة للمقذوف[١٢١] . لكنه أصبح يفضل عليها مصلحة الجمهور في معرفة الحقائق حول كل ما يجري من أمور ، عن طريق السماح للقاذف بأن يتخلص دائماً من مسئوليته المدنية بصفة مطلقة بإثبات صحة ما قذف به . يستوى في ذلك ، على ما يجري عليه القضاء الإنجليزي والأمريكي المستقر ، أن يكون المقذوف فرداً عادياً من آحاد الناس أو موظفاً عمومياً او من يكون في حكمه من ذوي الصفة العمومية . وأن تكون وقائع القذف المسندة للمقذوف متعلقة بشئون حياته الخاصة ، أو متصلة بأمور حياته العامة ، وأن يكون القاذف قد نشر عبارات القذف بسوء نية ، دون أي مبرر معقول أو حتى لم يكن يعتقد في صحتها عندما أقدم على النشر . ويستوي في ذلك أيضاً أن يكون المدعي عليه صحفياً أو لا ، وأن يكون القذف قد وقع عن طريق النشر في الصحف أو بأي طريق آخر . ففي جميع الأحوال ، يعتبر إثبات صحة القذف سبباً لإعفاء القـاذف إعفـاءاً كـاملاً مـن المسئـوليـة المدنيـة عنـه . ويـرى الفقه[١٢٢] ، أن إثبات صحة وقائع القذف المسندة من شأنه أن يجرد القذف كلية من وصف عدم المشروعية الذي كان يفترض فيه ، فتنتفي بذلك عن فاعله المسئولية المدنية عنه ، فلا يجوز الحكم عليه بأي تعويض . ولذلك يطلق الفقه عادة على ذلك الدفع اسم « الدفع المطلق » ، أو « الحصانة المطلقة » أو « الامتياز المطلق » ، للمقابلة بينه وبين الدفوع النسبية أو « المشروطة » أو « الموصوفة » أو « المقيدة » .وتقوم التفرقة بين « الدفع المطلق » ، و « الدفع النسبي » على أساس أن الأول يرتب أثره المعفي بصفة مطلقة ، بقطع النظر

عن سوء نية القاذف، ودون الالتفات إلى انحرافه عن السلوك المألوف. بينما لا يرتب الدفع النسبي أثره المعفي إلا إذا توافرت شروط معينة، من بينها توافر حسن النية لدى القاذف.

ثانياً: في القانون المصري والقانون الفرنسي وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة

٦٤ ـ الأصل في كل من القانونين المصري والفرنسي وكذلك في القانون الوضعي الحالي لدولة الإمارات العربية المتحدة هو أن لا يقبل من القاذف أن يدفع مسئوليته المدنية عن القذف بأن يقيم الدليل على حقيقة ما قذف به. ومن ثم، يسأل القاذف عن القذف في حق الغير، سواء كان ما قذف به صحيحاً أو غير صحيح.

لكن المشرعين المصري والفرنسي من ناحية والمشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة من ناحية أخرى خرجوا على هذا الأصل العام بنص صريح على ذلك في حدود معينة. الأول، بمقتضى المادة ٢/٣٠٢ من قانون العقوبات (أ)، والثاني، بمقتضى المادة ٣٥ من قانون الصحافة لسنة ١٨٨١، المعدلة بمقتضى قانون سنة ١٩٤٤ (ب). والثالث، بمقتضى المادة ٨٤ من قانون المطبوعات والنشر رقم (١٥) لسنة ١٩٨٠ من ناحية أولى، وبمقتضى المادة ٣٩٩ من مشروع قانون العقوبات لدولة الإمارات لسنة ١٩٨٥ (جـ). ونتكلم عن الدفع بالحقيقة بالنسبة لكل قانون من قوانين هذه الدول الثلاث على حده فيما يلي تباعاً.

(أ) في القانون المصري

٦٥ ـ بعد أن بينت المادة ٣٠٢ عقوبات في فقرتها الأولى أركان جريمة القذف، نصت في فقرتها الثانية على ما يأتي: «ومع ذلك فالطعن في أعمال موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة لا يدخل تحت حكم هذه المادة إذا حصل بسلامة نية وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة بشرط إثبات حقيقة كل فعل أسند إليه. ولا يقبل من القاذف إقامة الدليل لإثبات ما قذف به إلا في الحالة المبينة في الفقرة السابقة».

ويرى الفقه[١٢٣]، أن الشارع قد أباح بهذا النص القذف في حق ذوي الصفة العمومية. وعلة الإباحة هي خطورة المصلحة العامة التي يسهرون على رعايتها، الأمر الذي يبرر التضحية بمصلحتهم الخاصة في سبيل تمكين المجتمع من حماية مصلحته العامة وصيانتها[١٢٤]. أو هي على حد تعبير محكمة النقض، الرغبة في اكتشاف ما استتر وخفي من أعمالهم الضارة بالمصلحة العامة توصلاً لمحاكمتهم وتطهير المصالح من شرورهم[١٢٥]. فالموظف العام وكل من يزاول أعمالاً تتعلق بالمصلحة العامة يجب أن

يكونوا على جانب من الحيطة والحذر يتفق مع طبيعة الأعمال التي يؤدونها. كما يجب أن يكونوا أكثر الناس حرصاً على مراعاة ما تتطلبه قواعد الأخلاق حتى يتوافر لدى الأفراد الثقة في أعمالهم كما يتحقق لديهم الطمأنينة على مصالحهم[١٢٦].

وندرس شروط الدفع بالحقيقة (١)، ثم ندرس أثر ذلك على المسئولية المدنية (٢).

١ ـ شروط الدفع بالحقيقة

٦٦ ـ تطلب نص المادة ٢/٣٠٢ عقوبات لقبول الدفع بالحقيقة:

١ ـ أن يكون القذف مسنداً إلى موظف عام أو من في حكمه.

٢ ـ أن تكون الواقعة المسندة إليه متعلقة بأعمال الوظيفة.

٣ ـ أن يكون الإسناد بحسن نية.

٤ ـ أن يثبت القاذف حقيقة كل أمر أسنده إلى الموظف.

١ ـ الموظف العام أو من في حكمه:

٦٧ ـ اشترط النص أن يكون القذف مسنداً إلى موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة. والموظف العمومي هو كل من يقوم بعمل دائم في خدمة مرفق عام أو مصلحة عامة، ويدخل في هذا المعنى المستخدم العمومي. وذووا الصفة النيابية هم أعضاء مجلس الشعب، وأعضاء مجالس المحافظات والمدن والقرى. والمكلفون بخدمة عامة هم عدا ذلك ممن تقدم ذكرهم ممن يكلفون بعمل من الأعمال العامة[١٢٧].

فإذا لم يكن المقذوف من بين تلك الطوائف الثلاث التي أشار إليها المشرع صراحة في المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات، فلا يستفيد القاذف من حصانة الحقيقة الواردة في تلك المادة. ولا يغير من ذلك أن يكون المدعي عليه حسن النية، أو يستطيع إثبات صحة وقائع القذف، بل أنه لا يقبل منه هذا الإثبات. ولقد قضي بناءاً على ذلك بأن القذف الذي يوجه إلى محام، أو طبيب، أو مدير مكتب تخديم، أو تاجر، أو مستخدم لدى شركة أو جمعية لا يخضع لحكم هذه المادة[١٢٨]. ولا يغير من ذلك أن تكون لعمله أهمية بالنسبة لعدد غير محدود من الأفراد كما لو كان مكلفاً بجمع مبالغ لصرفها في عمل خيري[١٢٩].

٢ ـ أعمال الوظيفة العامة:

٦٨ ـ اشترط النص أيضاً أن لا يتعدى القذف أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة، ولقد جاء في تعليقات الحقانية توضيحاً لهذا الشرط أن القانون يشترط أن يكون

هذا الانتقاد خاصاً بأداء واجبات الموظف، فكون الشخص موظفاً عمومياً لا يترتب عليه أن يكون لأحد حق الانتقاد عليه في معيشته أو أحواله الخصوصية أسوة بغيره من الأفراد . ولقد قضي تطبيقاً لذلك بأنه إذا كانت وقائع القذف لا تمت بصلة ما إلى صفة المجني عليه كنائب أو وكيل لمجلس النواب، وإنما موجهة إليه بصفته فرداً من أفراد الناس فلا يكون للإباحة محل[١٣٠] .

٣ ـ حسن النيــــة :

٦٩ ـ اشترط النص كذلك أن يكون القذف قد حصل بسلامة نية .وقد جاء في تعليقات الحقانية توضيحاً لهذا الشرط أنه يجب أن يكون القذف صادراً عن نية حسنة . فإذا توفر هذا الشرط لا يلزم لتبرئة المتهم أن يكون القاضي موافقاً فيما أبداه من الانتقاد . وشرط حسن النية هو مسألة من المسائل المتعلقة بالوقائع لا يمكن أن تقررها قاعدة ثابتة . لكن يلزم على الأقل أن يكون موجه الانتقاد يعتقد في ضميره صحته حتى يمكن أن يعد صادراً عن سلامة نية . وأن يكون قدر الأمور التي نسبها إلى الموظف تقديراً كافياً . وأن يكون انتقاده للمصلحة العامة لا لسوء قصد . وقد جرى قضاء محكمة النقض، أخذاً بظاهر النص ـ على أنه إذا كان القاذف سيء النية فإنه لا يقبل منه إثبات صحة الوقائع التي أسندها إلى الموظف وتجب إدانته حتى لو كان يستطيع إثبات ما قذف به[١٣١] . وقضى بأنه إذا استهدف المتهم بعباراته المصلحة العامة والتشهير معاً فعلى المحكمة أن توازن بين الغايتين وترجح إحداهما، فإذا كان المستهدف المصلحة العامة هو الغالب اعتبر شرط حسن النية متوافراً . ولا محل للقول بأن حسن النية يجب أن يقدم في كل الأحوال على ما عداه، وإلا لاستطاع الكاتب تحت شعار الدفاع ظاهرياً عن مصلحة مزعومة أن ينال من كرامة الموظف العمومي ما شاء دون أن يناله القانون بعقاب[١٣٢] . وقضي من ناحية أخرى بأنه إذا دفع المتهم بحسن نيته كان دفعه جوهرياً فيتعين على المحكمة تحقيقه والرد عليه قبولاً أو رفضاً رداً مؤيداً بالدليل وإلا كان حكمها قاصراً[١٣٣] . وبأن تحديد مدلول حسن النية مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض[١٣٤] .

٤ ـ صحة الوقائع المسندة إلى الموظف :

٧٠ ـ اشترط النص، أخيراً، إثبات القاذف حقيقة كل فعل أسنده إلى الموظف المقذوف . وعلة تطلب هذا الشرط أنه الوسيلة إلى التحقق من أن القاذف قد أدى بقذفه خدمة إلى المجتمع يستحق بسببها الإباحة . وقد ألقى القانون عبء الإثبات على عاتق المتهم، ونص في المادة ١١٣ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه يجب على المتهم أن يقدم للمحقق عند أول استجواب له وعلى الأكثر في الخمسة الأيام التالية بيان الأدلة على

كل فعل أسند إلى المقذوف. فإذا كلف المتهم بالحضور أمام المحكمة مباشرة وبدون تحقيق سابق وجب عليه أن يعلن إلى النيابة والمدعي بالحق المدني بيان الأدلة في الخمسة الأيام التالية لإعلان التكليف بالحضور. ويترتب على الإخلال بهذا الميعاد الجوهري سقوط حق المتهم في إقامة الدليل على صحة وقائع القذف. ويترتب على ذلك اعتبار المتهم عاجزاً عن إثبات حقيقة ما أسنده إلى الموظف، فيسري عليه حكم الظروف المشددة المنصوص عليها في المادة٢/٣٠٣ من قانون العقوبات. فلا يكفي مجرد صحة وقائع القذف المسندة إلى الموظف، بل يجب تقديم الأدلة التي تثبت صحة هذه الوقائع في هذا الميعاد.

ولقد جاء في المذكرة الإيضاحية في تعليل هذا النص أنه إذا كانت المصلحة العامة قد أباحت الطعن على الموظفين، فإن هذه المصلحة بعينها تقضي بحمايتهم من المفتريات التي تسدد إليهم نكالاً بأشخاصهم فتصيب الصالح العام من ورائهم بأفدح الأضرار. لذلك رؤي مطالبة المتهم في ميعاد معين بتقديم الأوراق التي يستند إليها وأسماء الشهود الذين يعتمد على شهادتهم وما يستشهدهم عليه.

٧١ - ويجري قضاء محكمة النقض على أنه يلزم لتبرئة القاذف في حق ذي الصفة العمومية أن يثبت صحة كل أمر أسنده إلى المقذوف. وأنه متى استظهرت محكمة الموضوع حسن نية القاذف وتعلق وقائع القذف بالحياة العامة للمقذوف فعليها بعد ذلك أن تجيب المتهم إلى طلبه إثبات صحة الوقائع المسندة. وأن على القاذف أن يكون مستعدا بالدليل على ما قذف به، وأن يقدمه للمحكمة فتعتمده منه. إما أن يقدم على القذف ويده خالية من الدليل معتمداً على أن يظهر له التحقيق دليلاً، فهذا ما لا يجيزه القانون[١٣٥]. ويجري قضاء محكمة النقض على الحكم بتأييد الأحكام التي تقضي بإدانة القاذف لعجزه عن إثبات ما قذف به، دون الاعتداد بحسن نيته. أساس ذلك على حد تعبير المحكمة العليا، أن القانون يشترط لعدم العقاب على القذف الموجه إلى الموظف أو من هو في حكمه توافر ثلاثة شروط: الأول، أن يكون حاصلاً بسلامة نية أي لمجرد خدمة المصلحة العامة مع الاعتقاد بصحة المطاعن وقت إذاعتها، والثاني، ألا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة. والثالث، أن يقوم الطاعن بإثبات حقيقة كل أمر أسنده إلى المطعون فيه. فكلما اجتمعت هذه الشروط تحقق غرض الشارع ونجا الطاعن من العقاب. أما إذا لم يتوافر ولو واحد منها، فلا يتحقق الغرض ويتعين العقاب[١٣٦].

٢ - أثر ذلك على المسئولية المدنية

٧٢ - تدل عبارة المادة ٢/٣٠٢ عقوبات على أن توافر الشروط الواردة فيها يمنع من الحكم على القاذف بالعقوبة الجنائية المقررة قانوناً على جريمة القذف. هذا ما

يستفاد من عبارة «ومع ذلك... لا يدخل تحت حكم هذه المادة» التي وردت في هذا النص. ولكن النص لم يقل شيئاً عن أثر توافر هذه الشروط على المسئولية المدنية: هل يجب القول بأن هذا النص يمنع القاضي من الحكم بأي تعويض على القاذف لصالح المقذوف..؟ وهل ينطبق ذلك المنع على دعوى المسئولية المدنية المرفوعة أمام القضاء المدني كما ينطبق على الدعوى المدنية المرفوعة أمام القضاء الجنائي؟.

سوف نعرض رأي الفقه في هذه المسألة، قبل ان نبدي رأينا الخاص فيها.

١ ـ رأي الفقـــه:

٧٢ (مكرر) ـ يبدو أن الفقه المصري يتجه بوجه عام إلى القول بأن توافر شروط المادة ٢/٣٠٢ عقوبات يوجب القول بإعفاء القاذف من المسئوليتين الجنائية والمدنية معاً، سواء كان ذلك أمام القضاء المدني أم أمام القضاء الجنائي. ففي الحالتين لا يجوز الحكم على القاذف بأي تعويض لصالح المقذوف (١٣٧). ويستند هذا الاتجاه العام إلى أن هذا النص قد أوجد سبباً من أسباب الإباحة وليس سبباً من أسباب رفع العقاب. إذ يخول الشارع كل فرد حقاً في الطعن على أعمال ذوي الصفة العمومية وأن يثبت صدق مطاعنه وحسن نيته. فهو مقرر بمقتضى القانون أو العرف. واستعمال الحق لا يجعل الفاعل معتدياً، ولا يكون جريمة. سيما وأن المادة ٢/٣٠٢ تتفق مع المادة ٦٠ عقوبات تشترط توفر حسن النية بحيث يخرجها سوء النية عن صورة استعمال الحق الذي يقصده الشارع في النظرية العامة لأسباب الإباحة. ويتأكد ذلك النظر بالرجوع إلى صيغة المادة ٣٠٢ من جهة والمادة ٦٠ من جهة أخرى حيث تفيد الصيغة المشتركة في كل منهما ارتفاع الصفة الجنائية عن الفعل بحيث لا تسري عليه نصوص قانون العقوبات وليس مجرد رفع العقاب. وتبعاً لذلك تنتفي عن الفعل نتائج المسئولتين الجنائية والمدنية (١٣٨). ولقد أضاف البعض الآخر إلى ذلك حجة أخرى مؤداها أن سبب الإباحة لا يقتصر أثره على مجال قانون العقوبات بحيث يمتنع تطبيق الجزاء الجنائي فقط على الفعل، بل يشمل أثره القوانين الأخرى، فلا يجوز تطبيق جزاء من طبيعة مدنية. إذ لا يتصور أن الفعل الذي يقرر المشرع أنه يحمي مصلحة معتبرة في ظروف معينة يكون محلاً لتطبيق جزاء من طبيعة أخرى في نفس الظروف، فإرادة المشرع واحدة في كافة فروع القانون. وعلى ذلك إذا ما ثبت صحة الوقائع المسندة إلى الموظف العام فلا يجوز مطالبة القاذف بالتعويض أمام القضاء المدني أو الجنائي[١٣٩].

٢ ـ رأينــا الخــاص:

٧٣ ـ لكننا لا نرى ذلك: إن براءة القاذف في الدعوى الجنائية المقامة عليه عن جريمة القذف بمقتضى الحكم الوارد في المادة ٢/٣٠٢ عقوبات، لا تستلزم القول

بالضرورة بمنع القاضي المدني من الحكم على هذا القاذف بأي تعويض على الإطلاق لصالح المقذوف .

فإذا كان صحيحاً أن إثبات حقيقة الوقائع المسندة والمكونة للقذف من شأنه أن ينفي قيام جريمة القذف المدني . إلا أن عدم توافر شروط قيام هذه الجريمة المدنية لا يمنع المضرور هنا من التمسك بالتعسف في استعمال الحق في النقد من جانب القاذف . هذا التعسف يمكن أن يتمثل في نية الإضرار ، لكنه قد يتمثل أيضاً في عدم تناسب الوسائل المستخدمة مع الغرض الاجتماعي المقصود من هذا الحق . ومما يسند هذا الرأي الذي نقول به ما جاء في الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ عقوبات من أنه «لا يدخل تحت حكم هذه المادة» . فالظاهر من هذه العبارة أن غرض الشارع منها يقتصر على مجرد رفع العقاب المنصوص عليه عن هذا الفعل في نص الفقرة الأولى من المادة ٣٠٢ عقوبات ذاتها .

(ب) في القانون الفرنسي

٧٤ ـ لم يكن القانون الفرنسي القديم يمكن القاذف من إثبات صحة ما قذف به ، أو يعتد بصحة الوقائع أو كذبها في تقرير مسئوليته عن القذف[١٤٠] . لكن المادة ٢٠ من القانون الصادر في ٢٦ مايو سنة ١٨١٩ في شأن جرائم النشر[١٤١] ، أباحت لأول مرة للقاذف أن يدفع مسئوليته بإقامة الدليل لإثبات حقيقة ما قذف به ، إذا كان القذف موجهاً إلى موظف عمومي أو من يكون في حكمه ، وكانت الوقائع المسندة إلى الموظف تتعلق بأعمال الوظيفة العامة . ولقد جاء في الأعمال التحضيرية[١٤٢] ، في تبرير حكم هذا النص : أنه إذا كانت الحياة الخاصة للشخص العام يجب أن تحاط بسياج من الحماية القانونية القوية ، فإن ذلك لا يمكن قبوله فيما يتعلق بالحياة العامة . ولقد نقل المشرع الفرنسي الحكم الوارد في هذا النص ، عند صدور قانون الصحافة لسنة ١٨٨١ ، إلى الفقرة الأولى من المادة ٣٥ من القانون الجديد . لكنه توسع في نطاق هذا الدفع بالحقيقة كسبب لإباحة القذف ، فنص في الفقرة الثانية من المادة ٣٥ ، على مد نطاق هذا الدفع ليشمل أيضاً القذف في حق مديري المشروعات الصناعية والتجارية والمالية الخاصة بالادخار والتأمين ، وفي مرحلة أخيرة ، أضاف القانون الصادر في ٦ مايو سنة ١٩٤٤ إلى الفقرتين السابقتين للمادة ٣٥ ، فقرة ثالثة نص فيها على ما يأتي :

يجوز دائماً إثبات صحة وقائع القذف المسندة ، باستثناء الحالات الثلاث الآتية :

١ ـ إذا كان الإسناد متعلقاً بالحياة الخاصة للشخص .

٢ ـ إذا كان الإسناد متعلقاً بوقائع ترجع إلى أبعد من عشر سنوات مضت .

٣ ـ إذا كان الإسناد متعلقاً بواقعة تكون جريمة صدر بشأنها عفو أو سقطت بالتقادم أو اعيد فيها إلى المتهم اعتباره .

ولقد جاء في الأعمال التحضيرية في إيضاح الحكمة التي قصدها المشرع الفرنسي من إضافة هذه الفقرة الثالثة إلى الصياغة السابقة للمادة ٣٥ أنه : يجب أن يكون مشروعاً لكل من يستهدف تحقيق المصلحة العامة المشروعة للدولة، أن يستخدم الصحافة في نشر الحقائق وتوجيه الاتهامات المستحقة ضد هؤلاء الأشخاص اللذين يستطيعون من خلال ممارسة أعمال وظائفهم . أو من خلال تصرفاتهم أو سلوكهم الشخصي، الإضرار بسياسة البلاد أو الإساءة إلى الاقتصاد القومي[١٤٣].

٧٥ ـ ولقد اختلف الفقه الفرنسي في تفسير المعنى المقصود من كلمة «دائماً»، الواردة في الفقرة الثالثة المضافة بمقتضى قانون سنة ١٩٤٤ إلى الصياغة السابقة للمادة ٣٥، التي كانت عليها قبل صدوره[١٤٤]. لكن محكمة النقض الفرنسية سرعان ما حسمت هذا الخلاف فأكدت أن المقصود بذلك هو أن القاعدة العامة في القانون الفرنسي، وفقاً لنص المادة ٣٥ سالفة الذكر، هي جواز إثبات وقائع القذف دائماً، باستثناء الحالات المنصوص عليها صراحة في الفقرة الثالثة، وأولها وأهمها جميعاً حالة اتصال الوقائع المسندة بالحياة الخاصة للمقذوف[١٤٥]. وعلى ذلك، فقد أصبح التمسك بالدفع بالحقيقة مقبولاً ضد ذوي الصفة العمومية من موظفين ومكلفين بخدمة عامة وذوي الصفة النيابية، بقطع النظر عن اتصال القذف بأعمال الوظيفة العامة الموكولة إليهم . إذ يكفي فقط لقبول التمسك بهذا الدفع، ألا يكون القذف متعلقاً بشئون الحياة الخاصة للمقذوف . ويتحقق هذا الشرط، على ما يجري عليه القضاء، في الحالات التي تتصل فيها الوقائع المسندة للمقذوف بأوجه نشاطه العام الأخرى الخارجة عن نطاق أعمال الوظيفة التي يتقلدها[١٤٦].

بل لقد أصبح التمسك بالدفع بالحقيقة مقبولاً ليس فقط في مواجهة ذوي الصفة العمومية، بل أيضاً في مواجهة غيرهم من الأفراد العاديين[١٤٧]. يكفي لذلك ألا يكون القذف متعلقاً بالحياة الخاصة للمقذوف . مثال ذلك، من أحكام القضاء، أن يكون القذف متعلقاً بنشاط عام علني للمقذوف . مثل واقعة قيامه بإبلاغ قوات الاحتلال أثناء الحرب العالمية الثانية عن أعمال المقاومة التي يمارسها أحد الأشخاص حتى يقومون بالقبض عليه[١٤٨].

٧٦ ـ ولقد لاحظ الفقه أن مبدأ حرية الإعلام هو الذي أوحى للمشرع الفرنسي بهذه التفرقة الهامة بين القذف المتعلق بالحياة العامة، وبين الاعتداء على الحق في احترام الحياة الخاصة . هذه التفرقة التي تتمثل في جواز الدفع بالحقيقة للتخلص من المسئولية عن القذف المتعلق بالحياة العامة من ناحية . وعدم جوار الدفع بالحقيقة للتخلص من المسئولية عن القذف المتعلق بالحياة الخاصة من الناحية الأخرى[١٤٩]. وأن أهمية الإضافة الجديدة التي استحدثها قانون سنة ١٩٤٤ في الفقرة الثالثة والأخيرة للمادة ٣٥، تكمن في إلغائه ما كان يجري عليه القضاء السابق من الحكم بأن خطأ القاذف وسوء نيته

يفترضان دائماً من مجرد نشر وقائع القذف الشائنة بذاتها[١٥٠]. وبأنه لا يغير من ذلك الحكم أن ينجح القاذف في إثبات صحة وقائع القذف المسندة للمقذوف. فوفقاً للقانون الجديد أصبح إثبات الحقيقة يكفي وحده لتغيير هذا الحكم. فإذا أثبت القاذف أنه قال الحقيقة، فإن القانون يفترض فيه حسن النية، ويكون فعله مشروعاً. فالمبدأ هو: أن لكل شخص الحق في قول الحقيقة، حتى ولو تأذى بها البعض. وعلى من يدعي الخطأ أو سوء النية لدى القاذف بالحقيقة، عبء اثبات ان هذا الأخير قد تصرف دون أهداف مشروعة تبرر تصرفه. لذلك فإن إجماع الفقه الفرنسي على أن إثبات القاذف صحة وقائع القذف المتعلق بالحياة العامة للمقذوف، وفقاً للحكم الوارد في المادة ٣٥ سالفة الذكر، يكفي لإعفاء الأول من المسئولية المدنية عن واقعة القذف هذه فضلاً عن إعفائه من المسئولية الجنائية. لأن القانون يفترض في القاذف في هذه الحالة أنه قدم خدمة للمصلحة العامة ومن ثم، فإنه لا يعتبر مخطئاً، ولا يجوز الحكم عليه بتعويض[١٥١]. وعلى ذلك استقرت أحكام القضاء[١٥٢].

(جـ) في قانون دولة الإمارات

٧٦م - من المعلوم أن مشروع قانون العقوبات الاتحادي لسنة ١٩٨٥، قد أفرد الفصل السادس من الباب الثامن منه للجرائم الواقعة على السمعة، وأنه نظم جريمتي القذف والسب على رأس هذه الطائفة من الجرائم. ولقد جاء في المادة ٣٩٥ من هذا المشروع أنه مع عدم الإخلال بأركان وشرائط جريمة القذف المعاقب عليها حداً، يعاقب من امتنع توقيع حد القذف في شأنه بحسب وصف الجريمة وفقاً لأحكام المواد التالية:

ثم جاء في المادة ١/٣٩٦ النص على حالة من أسند إلى غيره بإحدى طرق العلانية واقعة من شأنها أن تجعله محلاً للعقاب أو للازدراء. ثم نصت الفقرة الثانية على تشديد العقوبة إذا وقع القذف في حق موظف عام أو مكلف بخدمة عامة أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية الوظيفة أو الخدمة العامة... ثم قضت الفقرة الثالثة منها بتشديد العقوبة إذا وقع القذف بطريق النشر في إحدى الصحف أو المطبوعات. ومن المعلوم أيضاً، أن المادة ٣٩٩ من هذا المشروع قد نصت على أن تنتفي جريمة القذف إذا أثبت الجاني صحة الواقعة المسندة متى كان إسنادها موجهاً إلى موظف عام أو مكلف بخدمة عامة وكانت الواقعة متصلة بالوظيفة أو الخدمة. ويجوز في هذه الحالة كذلك إثبات السب إذا كان صادراً من الجاني نفسه ومرتبطاً بواقعة القذف. ولا يجوز الإثبات إذا كانت الواقعة قد مضى عليها أكثر من عشر سنوات أو كانت الجريمة قد انقضت بأحد أسباب الانقضاء أو كان الحكم الصادر فيها قد سقط. ولعل من الواضح أن واضعي المشروع قد تأثروا بالنصوص التشريعية المناظرة والسابق دراستها في كل من القانونين المصري والفرنسي. لذلك يمكن القول بأن إثبات القاذف صحة القذف وفقاً للحكم الوارد في المادة

... المضافة بمقتضى قانون سنة ١٩٤٤ إلى الصياغة السابقة للمادة ٣٥، التي كانت عليها قبل صدوره[١٤٤]. لكن محكمة النقض الفرنسية سرعان ما حسمت هذا الخلاف فأكدت أن المقصود بذلك هو أن القاعدة العامة في القانون الفرنسي، وفقاً لنص المادة ٣٥ سالفة الذكر، هي جواز إثبات وقائع القذف دائماً، باستثناء الحالات المنصوص عليها صراحة في الفقرة الثالثة، وأولها وأهمها جميعاً حالة اتصال الوقائع المسندة بالحياة الخاصة للمقذوف[١٤٥]. وعلى ذلك، فقد أصبح التمسك بالدفع بالحقيقة مقبولاً ضد ذوي الصفة العمومية من موظفين ومكلفين بخدمة عامة وذوي الصفة النيابية، بقطع النظر عن اتصال القذف بأعمال الوظيفة العامة الموكولة إليهم. إذ يكفي فقط لقبول التمسك بهذا الدفع، ألا يكون القذف متعلقاً بشئون الحياة الخاصة للمقذوف. ويتحقق هذا الشرط، على ما يجري عليه القضاء، في الحالات التي تتصل فيها الوقائع المسندة للمقذوف بأوجه نشاطه العام الأخرى الخارجة عن نطاق أعمال الوظيفة التي يتقلدها[١٤٦].

بل لقد أصبح التمسك بالدفع بالحقيقة مقبولاً ليس فقط في مواجهة ذوي الصفة العمومية، بل أيضاً في مواجهة غيرهم من الأفراد العاديين[١٤٧]. يكفي لذلك ألا يكون القذف متعلقاً بالحياة الخاصة للمقذوف. مثال ذلك، من أحكام القضاء، أن يكون القذف متعلقاً بنشاط عام علني للمقذوف. مثل واقعة قيامه بإبلاغ قوات الاحتلال أثناء الحرب العالمية الثانية عن أعمال المقاومة التي يمارسها أحد الأشخاص حتى يقوموا بالقبض عليه[١٤٨].

٧٦ - ولقد لاحظ الفقه أن مبدأ حرية الإعلام هو الذي أوحى للمشرع الفرنسي بهذه التفرقة الهامة بين القذف المتعلق بالحياة العامة، وبين الاعتداء على الحق في احترام الحياة الخاصة. هذه التفرقة التي تتمثل في جواز الدفع بالحقيقة للتخلص من المسئولية عن القذف المتعلق بالحياة العامة من ناحية. وعدم جوار الدفع بالحقيقة للتخلص من المسئولية عن القذف المتعلق بالحياة الخاصة من الناحية الأخرى[١٤٩]. وأن أهمية الإضافة الجديدة التي استحدثها قانون سنة ١٩٤٤ في الفقرة الثالثة والأخيرة للمادة ٣٥، تكمن في إلغائه ما كان يجري عليه القضاء السابق من الحكم بأن خطأ القاذف وسوء نيته

القذف قد تم عن طريق النشر في الصحف . ذلك ان ...
وجه الخصوص في الرغبة العامة في تشجيع الصحافة والصحفيين على أداء واجبهم الإعلامي على خير وجه دون خوف من خطر الرجوع عليهم بالتعويض عما قد تشتمل عليه أخبارهم من قذف في حق الغير. لكن القضاء الأمريكي قد توسع في تفسير هذا الشرط على نحو يمد نطاق الاستفادة من هذا الامتياز إلى وسائل الإعلام بمختلف صورها: من إذاعة وسينما وتلفزيون، ولا يشترط أن يكون القاذف نفسه صحفياً، بل

يكفي أن يكون القذف المدعي به منشوراً في الصحف. ذلك أن الهدف المقصود من الامتياز ليس هو تمييز الصحفيين عن غيرهم، بل هو تمكين الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام من أداء مهمتها الإعلامية خير أداء، رعاية لحق الجمهور في الإعلام الحر. ولقد قضي بالبناء على ذلك بأن القذف يعتبر صحفياً، ومن ثم يستفيد صاحبه من هذا الامتياز، متى نشر في إحدى الصحف، ولو كان ذلك في صورة إعلان مدفوع الأجر حرره بعض المواطنين من آحاد الناس[١٥٦]

(ب) الصفة العمومية للمقذوف :

٨٠ - ولا ينطبق هذا الامتياز إلا على القذف في حق شخص ذي صفة عمومية. فهو لا يسري على القذف في حق أي فرد آخر من الأفراد العاديين. وكان القضاء الأمريكي في بادىء الأمر، يقصر التمتع بالصفة العمومية هنا على طائفة الموظفين العموميين أو من يكون في حكمهم، مثل ذوي الصفة النيابية والمكلفين بأداء خدمة عامة[١٥٧]. لكن سرعان ما توسع في هذا التفسير على نحو جعله يمتد ليشمل كل من يؤدي وظيفة أو نيابة أو خدمة عامة، أو يحدث من جراء أقواله أو كتاباته أو أعماله تأثير على الرأي العام، بطريق مباشر أو غير مباشر[١٥٨]. ولقد قضى تطبيقاً لهذا المفهوم الواسع بتحقق صفة العمومية بالمعنى المقصود هنا في الأشخاص المرشحين لشغل وظيفة عامة[١٥٩]. وفي كل من يؤدي خدمة عامة، بقطع النظر عن قلة أهمية هذه الخدمة في سلم التدرج الوظيفي بوجه عام[١٦٠]. وفي كل شخص يكون في مركز يسمح له بالتأثير بشكل ما في البت في مسائل تتصل بالمصلحة العامة للجمهور[١٦١]. وينطبق ذلك على عمال الحكومة، على مختلف درجات وظائفهم. متى كان المدعي يتحمل أو يبدو للجمهور كأنه يتحمل مسئولية أو رقابة ما، تتصل بأداء العمل الحكومي. وقضى بتوافر صفة العمومية هذه في كل شخص يكون له دور قيادي بارز في المجتمع، أو كان له دور إيجابي واضح أو نشاط إيجابي ملحوظ، في شأن مسألة خلافية شغلت اهتمام الرأي العام. وينطبق ذلك على رؤساء مجالس إدارة الشركات الخاصة، ورؤساء النقابات المهنية، والشخصيات التي اكتسبت شهرة عامة لدى جماهير الناس في مجال الرياضة والفنون والآداب والعلوم والسياسة[١٦٢]. وقضى بأن العبرة في تمتع الشخصيات الشهيرة بصفة العمومية في هذا المجال، باتجاه إرادة المدعي نحو التأثير في البت في أمور خلافية تثير اهتمام الجمهور. ففي هذه الحالة يكون المدعي قد أقحم نفسه في نقاش قضايا عامة تهم الناس من أجل التأثير في حل المشكلات التي تثيرها هذه القضايا. ويختلف الأمر عندما تسلط أضواء أجهزة الإعلام على الشخص بمحض الصدفة ولفترة مؤقتة، بمناسبة معينة، دون أن يكون لإرادته دخل في ذلك[١٦٣]. ولقد قضى تطبيقاً لذلك، بعدم توافر صفة العمومية هذه في المدعي الذي اكتسب شهرته فجأة دون إرادته، لمجرد كونه الشاهد الوحيد في

قضية جاسوسية هامة، لصالح الاتحاد السوفيتي، جذبت انتباه الرأي العام الأمريكي فترة من الزمن. ويستند هذا الشرط إلى أن الهدف المقصود من الامتياز هو تشجيع حرية تداول الحقائق وتدفق الأنباء والأفكار حول هؤلاء الأشخاص الذين يستطيعون التأثير على المصالح العامة، رعاية لحق الجمهور في الإعلام الحر، وأن المصلحة العامة لا تكتسب من الطعن في آحاد الناس، الذين فضلوا البعد عن التأثير بطريقة أو بأخرى على الحلول التي تتخذ في شأن الأمور العامة[١٦٤].

(جـ) السلوك الوظيفي

٨١ ـ أخيراً، يشترط للاستفادة من هذا الامتياز، أن تتصل وقائع القذف بالسلوك الوظيفي للمقذوف[١٦٦]. ولقد عبرت المحكمة العليا عن ذلك بقولها: أن الامتياز الدستوري لا يغطى إلا القذف المتعلق بصلاحية ذي الصفة العمومية لأداء أعمال الوظيفة أو الخدمة العامة التي يتولى القيام بها. فهو لا يمتد إلى القذف المتعلق بشئون الحياة الخاصة للمقذوف أو بصفاته التي يتمتع بها كفرد عادي[١٦٧]. لكن الفقه الأمريكي قد لاحظ أن المحاكم تقضي عادة بامتداد نطاق الامتياز إلى القذف المتعلق بالحياة الخاصة للمقذوف، بحجة أن بعض التصرفات الشخصية أو العائلية التي تدخل في صميم الحياة الخاصة للمدعي، من شأنها أن تؤثر على صلاحيته للعمل العام الذي يتقلده[١٦٨]. ويشير الفقه في ذلك إلى حكم للمحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية قضت فيه بضرورة انطباق الامتياز على القذف في حق ضابط كبير في وزارة الدفاع اتهم فيه بأن له علاقة غرامية غير مشروعة مع جاسوسة روسية، وأنها استغلت هذه العلاقة في الحصول على معلومات سرية تهدد سلامة البلاد. ولقد بررت المحكمة العليا هذا الحكم بقولها: إن الامتياز الدستوري للصحافة لا يصبح غير واجب التطبيق لمجرد أن القذف قد أضر بالسمعة الخاصة لذي الصفة العمومية فضلاً عن الإضرار بسمعته العامة، فالامتياز الدستوري للصحافة يحمي مصلحة المجتمع العليا في حرية تدفق الأنباء إلى الجمهور حول كل ما يتعلق بذوي الصفة العمومية من أمور، باعتبارهم يعملون في مجال الخدمة العامة. ومن أجل تحقيق هذه الغاية، فإن أي شيء من شأنه أن يمس بصلاحية ذي الصفة العمومية للعمل العام يدخل في نطاق الإعفاء الذي يقرره الامتياز الدستوري للصحافة[١٦٩]. لكن المحاكم ترفض التمسك بتطبيق هذا الامتياز عندما يثبت بيقين عدم وجود مثل هذا الارتباط الوثيق بين صلاحية المقذوف لأداء عمله العام من ناحية وبين وقائع القذف في شئون حياته الخاصة من الناحية الأخرى. لأنه في مثل هذه الحالات لا توجد مصلحة عليا للجمهور في الإعلام جديرة بالرعاية[١٧٠].

ثانياً : أثر ذلك على المسئولية المدنية :

٨٢ - يترتب على توافر الشروط الثلاثة السابقة انتفاء مسئولية القاذف المدنية تماماً عن القذف . وذلك بقطع النظر عن مخالفة القذف للحقيقة (أ) . وبقطع النظر عن سوء نية القاذف ، لأن القانون يفترض في هذه الحالة توافر حسن النية لدى القاذف (ب) .

(أ) عدم الاعتداد بمخالفة القذف للحقيقة :

٨٣ - إذا توافرت الشروط الثلاثة السابقة . ترتب الأثر المعفى للامتياز ، بقطع النظر عن مسألة عدم صحة وقائع القذف المسندة للمدعي . ومن ثم ، فإن المدعي عليه لا يكلف بإثبات صحة القذف . بل أنه يستفيد من الامتياز ويعفى بالتالي كلية من المسئولية المدنية ، حتى ولو أقام المدعي الدليل القاطع على مخالفة الوقائع المسندة للحقيقة . فالقول بغير ذلك ، على حد تعبير المحكمة العليا ، يعوق حرية تدفق الأنباء لمصلحة الجمهور ، نتيجة الخطر المتمثل في منع نشر بعض الأنباء الصحيحة كنوع من الرقابة الذاتية[١٧١] . وأن ضرورات الإعلام توجب حماية حرية نشر بعض الأخبار غير الصحيحة من أجل تأمين حرية نشر كل الأخبار الصحيحة[١٧٢] . ولأن المصلحة العامة تكتسب من اصطدام الخبر الصحيح والخبر غير الصحيح في السوق المفتوحة لتداول الأنباء[١٧٣] .

(ب) افتراض حسن النية :

٨٤ - كذلك ، فإن القانون الأمريكي يفترض توافر حسن النية لدى القاذف المستفيد من الامتياز ، على خلاف ما تقضي به القواعد العامة من افتراض سوء النية في جانبه من مجرد نشر عبارات القذف الشائنة بذاتها . أساس ذلك أن القذف يكون في هذا الفرض استعمالاً لحق الجمهور في الإعلام ، ومن ثم يفترض القانون مشروعيته ، حتى يقام الدليل على العكس . وعلى ذلك ، فإن المدعي عليه لا يكلف بإثبات حسن نيته المتمثل في الاعتقاد في صحة الواقعة المسندة ، أو الرغبة في إعلام الجمهور بما يجري من أمور ، أو بوجود دوافع أخرى مشروعة . فكل هذه الأمور تكون مفترضة قانوناً من مجرد تحقق شروط الامتياز[١٧٤] .

٨٥ - يخلص من دراسة دفع المسئولية المدنية للصحفيين عن القذف الموجه لذوي الصفة العمومية ، أن القانون الأمريكي قد ميز بين الدفع المبني على حقيقة الوقائع القذفية أو «الدفع بالحقيقة» من ناحية ، وبين الدفع المبني على مبدأ حرية الأنباء وما يرتبط به من حق للجمهور في الإعلام أو «الدفع بامتياز الصحافة» من ناحية أخرى . ففيما يتعلق بالدفع بالحقيقة ، فقد اعتبره القانون الأمريكي مثله في ذلك مثل القانون الإنجليزي سبباً لإباحة القذف بصفة مطلقة ، دون تطلب توافر أي شرط آخر . ومن ثم ، فإنه افترض توافر حسن النية دائماً لدى القاذف بالحقيقة ، بقطع النظر عن صفة

٨١ ـ أخيراً، يشترط للاستفادة من هذا الامتياز، أن تتصل وقائع القذف بالسلوك الوظيفي للمقذوف[١٦٦]. ولقد عبرت المحكمة العليا عن ذلك بقولها: أن الامتياز الدستوري لا يغطى إلا القذف المتعلق بصلاحية ذي الصفة العمومية لأداء أعمال الوظيفة أو الخدمة العامة التي يتولى القيام بها. فهو لا يمتد إلى القذف المتعلق بشئون الحياة الخاصة للمقذوف أو بصفاته التي يتمتع بها كفرد عادي[١٦٧]. لكن الفقه الأمريكي قد لاحظ أن المحاكم تقضي عادة بامتداد نطاق الامتياز إلى القذف المتعلق بالحياة الخاصة للمقذوف، بحجة أن بعض التصرفات الشخصية أو العائلية التي تدخل في صميم الحياة الخاصة للمدعي، من شأنها أن تؤثر على صلاحيته للعمل العام الذي يتقلده[١٦٨]. ويشير الفقه في ذلك إلى حكم للمحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية قضت فيه بضرورة انطباق الامتياز على القذف في حق ضابط كبير في وزارة الدفاع اتهم فيه بأن له علاقة غرامية غير مشروعة مع جاسوسة روسية، وأنها استغلت هذه العلاقة في الحصول على معلومات سرية تهدد سلامة البلاد. ولقد بررت المحكمة العليا هذا الحكم بقولها: إن الامتياز الدستوري للصحافة لا يصبح غير واجب التطبيق لمجرد أن القذف قد أضر بالسمعة الخاصة لذي الصفة العمومية فضلاً عن الإضرار بسمعته العامة، فالامتياز الدستوري للصحافة يحمي مصلحة المجتمع العليا في حرية تدفق الأنباء إلى الجمهور حول كل ما يتعلق بذوي الصفة العمومية من أمور، باعتبارهم يعملون في مجال الخدمة العامة. ومن أجل تحقيق هذه الغاية، فإن أي شيء من شأنه أن يمس بصلاحية ذي الصفة العمومية للعمل العام يدخل في نطاق الإعفاء الذي يقرره الامتياز الدستوري للصحافة[١٦٩]. لكن المحاكم ترفض التمسك بتطبيق هذا الامتياز عندما يثبت بيقين عدم وجود مثل هذا الارتباط الوثيق بين صلاحية المقذوف لأداء عمله العام من ناحية وبين وقائع القذف في شئون حياته الخاصة من الناحية الأخرى. لأنه في مثل هذه الحالات لا توجد مصلحة عليا للجمهور في الإعلام جديرة بالرعاية[١٧٠].

فقط عندما يتعذر على الصحفي إثبات الحقيقة أو عندما ...
رغم إسنادها للموظف بحسن نية، بل أيضاً عندما يتعذر على الصحفي إثبات حسن نيته أو عندما يثبت سوء نيته رغم ثبوت مطابقة الوقائع القذفية المتعلقة بالسلوك الوظيفي للمقذوف للحقيقة. لقد قدر القانون الأمريكي أن تمكين الموظف المقذوف من الحصول على تعويض في مثل هذه الحالات هو أمر غير مقبول، لأنه يقيد حرية الصحافة ويخل بالتالي بحق الجمهور في الإعلام دون أي مبرر معقول.

٨٨ ـ ونحن نعتقد أنه يمكن للمشرع المصري أن يتوصل إلى مثل هذه النتيجة العملية التي توصل إليها القانون الأمريكي، عن طريق تعديل صياغة الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ عقوبات. وذلك على نحو يكتفي فيه للإعفاء من المسئولية المدنية عن القذف

الصحفي في ذوي الصفة العمومية بشرطين فقط أما الشرط الأول، فمؤداه أن تكون الوقائع القذفية متصلة بالسلوك الوظيفي للموظف المقذوف . وأما الشرط الثاني ، فمؤداه أن تكون الوقائع القذفية مطابقة للحقيقة بغض النظر عن نية القاذف ، أو أن تكون الوقائع القذفية قد أسندت بحسن نية بغض النظر عن صحتها أو كذبها .

ثالثاً : موقف القانون في دولة الإمارات العربية المتحدة :

٨٨م - ويبدو لنا أن المشرع في دولة الإمارات قد أخذ بحل قريب من الحل الذي اقترحنا الأخذ به في القانون الوضعي المصري . هذا على الأقل هو ما يبدو من قراءة نص المادة رقم ٨٤ من القانون الاتحادي رقم (١٥) لسنة ١٩٨٠ في شأن المطبوعات والنشر . فهذه المادة تقضي بأنه لا يجوز الطعن في أعمال موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة بما يتضمن قذفاً في حقه ، ويعفى الكاتب من المسئولية إذا ثبت أنه كان حسن النية يعتقد صحة الوقائع التي أسندها إلى الموظف العام أو الشخص ذي الصفة النيابية العامة أو المكلف بالخدمة العامة وأن اعتقاده هذا قائم على أسباب معقولة . فيفهم من عبارة هذا النص أنه يعتد بحسن النية ، أي باعتقاد القاذف في صحة ما قذف به بغير الحقيقة ، طالما كان اعتقاده هذا قائماً على أسباب معقولة . وقد سبق أن لاحظنا أن نص المادة ٣٩٩ من مشروع قانون العقوبات في دولة الإمارات لا يشترط حسن النية لدى القاذف بالحقيقة لإعفائه من المسئولية المدنية أو المسئولية الجنائية عن القذف المطابق للحقيقة .

الخـــاتمة

٨٩ ـ تثير مسئولية الصحفيين المدنية في حالة القذف الموجه لذوي الصفة العمومية مشكلة وضع معيار عادل للتوفيق بين مبدأين متعارضين جديرين بالحماية القانونية : مبدأ كفاية احترام ذوي الصفة العمومية وما يتصل به من حق ذي الصفة العمومية في صون سمعته ضد كل طعن يمس حياته الخاصة أياً كان نصيبه من الصحة، وضد كل افتراء في نطاق حياته العامة، من ناحية أولى، ومبدأ حرية تدفق الأنباء وتداولها دون قيود، وما يرتبط به من حق الجمهور في الإعلام الحر حول كل ما يجري في المجتمع من أمور، من ناحية أخرى. ولقد تكفل القضاء المصري برعاية المبدأ الأول رعاية كاملة عندما استقرت أحكامه على أن نظام الحماية الذي يكفله القانون المدني المصري لسمعة الفرد لا يعتبر مجرد تطبيق محض لقواعد المسئولية المدنية. بل أن القانون المدني المصري اعترف لمصلحة الفرد على تكامل سمعته بصفة الحق بالمعنى الدقيق للكلمة، باعتباره أحد الحقوق الملازمة للشخصية التي يحميها القانون بدعوى خاصة، لمجرد حدوث الاعتداء على السمعة. ولقد ترتب على ذلك أن جرت المحاكم على الحكم للمقذوف بالتعويض دون حاجة إلى إثبات توافر شروط المسئولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، على أساس أن كل هذه الأمور مفترضة قانوناً من مجرد إسناد وقائع القذف المشينة بذاتها للمقذوف. ومن ثم، أصبح ذوي الصفة العمومية يستفيدون كغيرهم من سائر الأفراد من هذه القرينة القانونية التي أنشأها القضاء لصالح المعتدي على سمعتهم. كما أصبح الصحفيون يضارون أكثر من غيرهم من وجود هذه القرينة التي تعوقهم عن أداء واجبهم الإعلامي لخدمة المجتمع، لاسيما عندما يتعلق الخبر الصحفي بوقائع صحيحة مسندة إلى ذوي الصفة العمومية، ومتعلقة بأعمال وظائفهم العامة. لذلك، فقد نص قانون العقوبات المصري في المادة ٣٠٢/٢ منه على إباحة القذف الموجه إلى أعمال ذوي الصفة العمومية إذا كان قد حصل بسلامة نية، وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة العامة، وبشرط إثبات حقيقة كل فعل أسند إلى المقذوف. ولكن على الرغم من أن الحكمة المقصودة من الإباحة المقررة في هذا النص هي الرغبة في رعاية مبدأ حرية الأنباء وما يرتبط به من حق الجمهور في الإعلام الحر، وعلى الرغم من تسليم الفقه المصري بأن هذه الإباحة تقوم على أساس مبدأ رجحان الحق في الإعلام وأفضليته في القيمة الاجتماعية على حق الفرد في سمعته، ومن ثم فإن الإعلام يكون أولى من السمعة

بالرعاية، باعتبار الحق في الإعلام أهم اجتماعياً من الحق في السمعة. إلا أن التجربة العملية تدل بيقين على عدم كفاية الحكم الوارد في المادة ٢/٣٠٢ عقوبات، بصيغته الحالية، لوضع مبدأ رجحان الإعلام على السمعة موضع التطبيق الفعلي في القانون الوضعي المصري، وهنا تظهر أهمية الدراسات القانونية المقارنة.

٩٠ ـ لقد لجأ المشرع الفرنسي في سبيل تحقيق ذلك الغرض إلى إلغاء ما كان يجري عليه القضاء الفرنسي قبل عام ١٩٤٤، من افتراض توافر وصف عدم المشروعية في كل قذف، وافتراض توافر سوء النية لدى كل قاذف، دون تفرقة بين القذف المطابق للحقيقة والقذف المخالف للحقيقة.

وذلك عندما عدل صياغة المادة ٣٥ من قانون الصحافة ونص صراحة في الصياغة المعدلة على أن القاعدة العامة هي جواز التخلص من المسئولية عن القذف بإثبات صحة الوقائع المسندة للمقذوف. فلقد رتب القضاء الفرنسي على ذلك التعديل القول بضرورة افتراض توافر حسن النية «دائماً» فيمن يقذف بالحقيقة. وبذلك أصبح حق الجمهور في معرفة الحقيقة يأتي بالفعل قبل حق الفرد في السمعة ويفضل عليه باعتباره أولى منه بالرعاية. بل أن القانونين الإنجليزي والأمريكي قد ذهبا في سبيل تحقيق هذا الغرض ذاته إلى أبعد مما ذهب إليه المشرع الفرنسي. لأنهما اعتبرا الدفع بالحقيقة سبباً قائماً بذاته لإباحة القذف بصفة مطلقة، ولو قذف بالحقيقة بقصد الإضرار أو الانتقام من المقذوف. في حين نجد القضاء المصري، يجري في أحكامه، أخذاً بظاهر نص المادة ٢/٣٠٢ عقوبات، على أنه إذا كان القاذف سيء النية فإنه لا يقبل منه إثبات صحة الوقائع التي أسندها إلى الموظف وتجب إدانته حتى ولو كان يستطيع إثبات صحة ما قذف به. بل أكثر من ذلك، فإن القضاء المصري قد جرد هذا النص المذكور من قيمته العملية، عندما استقر في أحكامه على وضع قرينة قضائية على توافر سوء النية لدى القاذف من مجرد حصول القذف. فنحن نرى أن إشارة النص المذكور إلى حسن النية، لا تكفي لتبرير هذا القضاء. فالمفروض أن يفترض القانون توافر حسن النية فيمن يقول الحقيقة، ولو تأذى منها الغير. وإذا كان القانون المقارن قد استقر على الأخذ بذلك الذي نقول به حتى في حالة القذف بالحقيقة ضد الأفراد العاديين خارج نطاق حياتهم الخاصة. فالأولى بالمشرع المصري أن يأخذ بذلك على الأقل في حالة القذف بالحقيقة ضد ذوي الصفة العمومية داخل نطاق أعمال وظائفهم العمومية. فالمصلحة العامة تكتسب من نشر الحقائق حول أداء هذه الأعمال، ولو كان ذلك قد تم بسوء نية. لذلك، فنحن نعتقد أن الدروس المستفادة من الدراسات القانونية المقارنة توجب إعادة النظر في صياغة شروط الحكم الوارد في المادة ٣٠٢ عقوبات مصري، بحيث يتم تعديلها على نحو يكتفي فيه باشتراط صحة ما قذف به، ويحذف منه اشتراط حصول القذف بسلامة نية.

لذلك فنحن نؤيد الموقف الحكيم الذي اتخذه مشروع قانون العقوبات الاتحادي لدولة

الإمارات العربية المتحدة في هذا الصدد . فقد اكتفت المادة ٣٩٩ من هذا المشروع للإعفاء من المسئولية عن القذف بأن يثبت الجاني صحة الواقعة المسندة متى كان استنادها موجهاً إلى موظف عام أو مكلف بخدمة عامة وكانت الواقعة متصلة بالوظيفة أو الخدمة . فالمشروع لم يتطلب حصول القذف بالحقيقة بسلامة نية .

٩١ ـ ولقد ذهب القضاء الأمريكي في سبيل تحقيق ذلك الغرض إلى إيجاد امتياز أو حصانة تعفي الصحفيين من المسئولية المدنية عن القذف المخالف للحقيقة المتعلق بالسلوك الوظيفي لذوي الصفة العمومية ، مفترضاً توافر حسن النية دائماً لدى الصحفي القاذف . فمجرد عدم صحة الواقعة القذفية المسندة للموظف ليس في حد ذاته دليلاً كافياً على انتفاء حسن النية لدى الصحفي القاذف الذي يؤدي بذلك واجبه الإعلامي من أجل المصلحة العامة . فالقانون الأمريكي لم يكتف في ذلك بمجرد افتراض حسن النية دائماً في كل قذف بالحقيقة . بل افترض حسن النية أيضاً ، في بعض الأحيان ، في القذف بما يخالف الحقيقة ، إذا كان ذلك استعمالاً للحق في الإعلام .

لقد أحسن القضاء الأمريكي صنعاً بإلغاء قرينة سوء النية التي كانت تفترض الكذب وسوء القصد في كل قذف صحفي في حق الغير . فمن العدل والقانون أن يكون على الموظف المقذوف إذا أراد الحصول على تعويض مالي مقابل المساس بسمعته الوظيفية ، التي هي ملك للجمهور ، عن طريق القذف الصحفي ، أن يقيم الدليل لإثبات تعسف القاذف في استعمال الحق في الإعلام . ويستطيع المضرور إثبات ذلك بإقامة الدليل أمام القضاء المدني على عدم تناسب الوسائل المستخدمة مع الغرض الاجتماعي المقصود من الحق في الإعلام . لذلك ، فينبغي على القضاء المصري ، من أجل رعاية هذه الاعتبارات العملية السابقة ، مراعاة عدم التشدد في تقدير صحة الوقائع القذفية التي يسندها الصحفيون إلى ذوي الصفة العمومية ، إذا تعلقت الوقائع المسندة بسلوكهم الوظيفي .

ولذلك فنحن نؤيد الموقف الحكيم الذي اتخذه قانون المطبوعات والنشر لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (١٥) لسنة ١٩٨٠ في هذا الصدد . فقد اكتفى نص المادة ٨٤ من هذا القانون بأن يكون القاذف في حق ذي الصفة العمومية حسن النية ، أي يعتقد صحة الوقائع القذفية المسندة وأن يكون اعتقاده هذا قائماً على أسباب معقولة حتى يستفيذ من الحصانة الصحفية أو من الإعفاء من المسئولية عن القذف بغير الحقيقة . ومن البديهي أنه يشترط لذلك أن يكون القذف متصلاً بأعمال الوظيفة العامة للشخص المقذوف .

الهوامش

(١) راجع في فكرة ذلك الحق : بحثنا السابق بعنوان فكرة الحق في السمعة، سنة ١٩٨٥، والمراجع المشار إليها فيه.

(٢) راجع في ذلك المبدأ : بينتو، حرية الرأي والأنباء، سنة ١٩٥٥ ـ برونيه، حرية الأنباء، المجلة المصرية للقانون الدولي سنة ١٩٤٩ صفحة ٣٤ ـ بوركان، حرية الصحافة سنة ١٩٥٠، صفحة ١١٧، صفحة ٥٥٩ ـ محمد عبد الله، في جرائم النشر، سنة ١٩٥١ صفحة ١٣٧.

(٣) راجع في فكرة الحق في الإعلام : انسيكليك باسيم إن تيريس، ف ١٢ ـ أولسين، الحق في الإعلام والتعديل الأول للدستور، مجلة تكساس (١٩٧٩) ٥٧، صفحة ٥٠٥.

(٤) ٥٩ ف ٥٣٠ سنة ١٨٩٤.

(٥) قانون القذف، سنة ١٩٧٨، صفحة ٢٤٧.

(٦) القانون الدستوري، سنة ١٩٢٧، صفحة ٨٨٣.

(٧) فريزر، القذف، سنة ١٩٢٥، صفحة ١٦٠ ـ جاتلي، قانون القذف، سنة ١٩٧٤، صفحة ٢٢٣، ف ٦٥.

(٨) فريزار، السابق.

(٩) راجع في تفصيل ذلك : شوبار، الخوف والخطر والتعديل الأول للدستور، مجلة بوسطون للقانون ٥٨ (١٩٧٨) ص ٦٨٥ ـ اللغة والحقيقة والدستور، فيرجينيا للقانون، ٦٤ (١٩٧٨)، ص ٢٦٣ ـ الأسس الاجتماعية لقانون القذف، مجلة قانون الإعلام، سنة ١٩٨٠، ص ٣.

(١٠) داللوز سنة ١٩٢٥، صفحة ٦٤٣ ـ نقض ١٨٧٣/١/٢٥ د. ٢٨٩.

(١١) أشار إليه باربيبه، قانون الصحافة، سنة ١٩٣٨، ف ٤٣٢.

(١٢) مازو، المسئولية، ط ٤، ج ١، ف ٥١٥ ـ ٥، ص ٤٩١، هـ (١٠).

(١٣) دوماس، قانون الإعلام، سنة ١٩٨١، ص ٤٢٨.

(١٤) لي بواتفان، قانون الصحافة، ١٩٠٣، ج ٢، ف ٧٤١، ص ٢٩٠.

(١٥) روزانيلات ضد باير ٣٨٣ي. س. ٩٥ (١٩٦٦).

(١٦) ما سبق، في ٨، هامش (٤).

(١٧) ٣٧٦ ي. س. ٢٥٤ (١٩٦٤).

(١٨) بروسار، الأفعال الضارة، ١٩٨٢، ص ٨٢٠.

(١٩) كالفين، تعليق في مجلة المحكمة العليا (١٩٦٤) ١٩١.

(٢٠) تيتوس، تعليق في مجلة هارفارد (١٩٤٩) ١٢٠٧.

لقد أحسن القضاء الأمريكي صنعاً بإلغاء قرينة سوء النية التي كانت تفترض الكذب وسوء القصد في كل قذف صحفي في حق الغير. فمن العدل والقانون أن يكون على الموظف المقذوف إذا أراد الحصول على تعويض مالي مقابل المساس بسمعته الوظيفية، التي هي ملك للجمهور، عن طريق القذف الصحفي، أن يقيم الدليل لإثبات تعسف القاذف في استعمال الحق في الإعلام. ويستطيع المضرور إثبات ذلك بإقامة الدليل أمام القضاء المدني على عدم تناسب الوسائل المستخدمة مع الغرض الاجتماعي المقصود من الحق في الإعلام. لذلك، فينبغي على القضاء المصري، من أجل رعاية هذه الاعتبارات العملية السابقة، مراعاة عدم التشدد في تقدير صحة الوقائع القذفية التي يسندها الصحفيون إلى ذوي الصفة العمومية، إذا تعلقت الوقائع المسندة بسلوكهم الوظيفي.

ولذلك فنحن نؤيد الموقف الحكيم الذي اتخذه قانون المطبوعات والنشر لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (١٥) لسنة ١٩٨٠ في هذا الصدد. فقد اكتفى نص المادة ٨٤ من هذا القانون بأن يكون القاذف في حق ذي الصفة العمومية حسن النية، أي يعتقد صحة الوقائع القذفية المسندة وأن يكون اعتقاده هذا قائماً على أسباب معقولة حتى يستفيذ من الحصانة الصحفية أو من الإعفاء من المسئولية عن القذف بغير الحقيقة. ومن البديهي أنه يشترط لذلك أن يكون القذف متصلاً بأعمال الوظيفة العامة للشخص المقذوف.

(٣٦) بلان، السابق، ف ٤٣ ـ سافاتييه، السابق، ف ٩١ ص ١١٣هـ (٣) ـ مازو، السابق، باريس ١٩٧٢/٢/٢٢ مجلة العلوم الجنائية ١٩٧٢، صفحة ٣٩٤ ـ أوبي، قانون الإعلام، ف ١١٥، ص ٤١٢.

(٣٧) نقض ١٩٥٠/٢/١ د. ١٩٥٠ ـ ٢٣٠ ـ نقض ١٩٣٨/١٠/٢٧ د. ب. ١٩٣٩ ـ ١ ـ ٧٧ ـ نقض ١٩٥٥/٢/١٥ د. ٤٨٧ ـ لي تورنو، المسئولية، ف ٧٤٢ صفحة ٢٦٧ ـ باريس ١٩٦٩/١٠/٧ ج. ب. ١٩٦٩ ـ ٢ ـ ٩٠.

(٣٨) نقص ١٩٥٩/٣/٢٤ س ١٠، ق ٧٨، صفحة ٣٤٨ ـ نقض ١٩٦٢/١/١٦ س ١٣، ق ١٣، صفحة ٤٧.

(٣٩) السنهوري، الوسيط، ج ١، ف ٤٥٩، ص ١١٥١، هـ (٥).

(٤٠) رياض شمس، حرية الرأي، ج ١ ١٩٤٧، ص ٢٨٦ ـ محمد عبد الله، في جرائم النشر، ١٩٥١، ص ١٠٣.

(٤١) محمد رياض شمس، السابق، ص ٢٨٦.

(٤٢) نقض ١٩٣٠/٤/١٠ س ٢ ق ٢٠ ص ٩ - نقض ١٩٣٢/١/٤ س ٢، ق ٣١٢، ص ٤٠٨.

(٤٣) نقض ١٩٠٨/٣/٢٨ س ١٠ ق ٧٠ ص ١٦١ - نقض ١٩٥٠/١/١٦، مقق ٤٦٤ - نقض ١٩٦١/١/١٦ س ٢٢ ص ٩٤.

(٤٤) نقض ١٩٣٢/٣/٣١ س ٢ ق ٣٤٢ ص ٥١٠.

(٤٥) نقض ١٩٥٩/٣/٢٤ س ١٠ ص ٣٤٨ - نقض ١٩٦٢/١/١٦ س ١٣ ق ١٣ ص ٤٧.

(٤٦) نقض ١٩٧٦/٥/٢٤ س ٢٧ ق ١٢٠ ص ٥٤٢.

(٤٧) أولسين، الحق في الإعلام والتعديل الأول للدستور، مجلة تكساس (١٩٧٩) ٥٧، صفحة ٥٠٥.

(٤٨) لويس، الصحافة، مجلة يوتاه (١٩٧٥) ص ٩١.

(٤٩) محمد عبد الله، في جرائم النشر، ١٩٥١ ص ١٣٧ - وهو يشير إلى برونيه، حرية الأنباء، المجلة المصرية للقانون الدولي سنة ١٩٤٩ ص ٣٤ - بوركان، ١١٧ - عبد الله إسماعيل البستاني، حرية الصحافة، ١٩٥٠، ص ٣٢٧.

(٥٠) شيوار، الأسس، السابق، ص ١١، ١٢ والمرجع المشار إليها فيه.

(٥١) محمود نجيب حسني، ف ٦٠٦، ص ٦١٠.

(٥٢) المادة ٣٠٤ عقوبات مصري.

(٥٣) رياض شمس، السابق، ص ٥٢٣ - بروسار، السابق، ص ٨٢٠ - شاسان، ج ١، ص ٣٧٨ - بلان وشافان ودراجو، السابق، ف ٣٠ - ٤٣.

(٥٤) بروسار، السابق، ص ٨٢٠ - بدريك، حرية الصحافة وقانون القذف، مجلة كورنيل (١٩٦٤) ٤٩ ص ٥٨١.

(٥٥) بروسار، ص ٨٢٠.

(٥٦) شيوار، الأسس، السابق، ص ١٤.

(٥٧) سالموند، الفعل الضار، ط ١٨، سنة ١٩٨١ (بواسطة دوستون) ص ١٦٨ - بروسار، السابق، ص ٨١٩.

(٥٨) شوبار، الأسس، السابق، ص ١٠ - بروسار، السابق، ص ٧٨٥ - تقرير لجنة فولكس عن القذف، سنة ١٩٧٥ ق ٥٩٠٩ - جاتلي، ٧٠٣ - الدريدج، ٢٤٣ - دياس، ١٦٩.

(٥٩) بامبرجار، الأشخاص العامة وقانون القذف، مجلة الأعمال (١٩٧٨) ٢٣ صفحة ٧١٠.

(٦٠) كريستي، التناقضات الملحوظة في تقسيم المحكمة العليا للقذف، مجلة ديوك (١٩٨١) ص ٨١١ - شيوار، الأسس، السابق، ص ١١.

(٦١) أدير، حرية الصحافة وقذف ذوي الصفة العمومية، مجلة كورنيل، (١٩٦٧) ٥٢، ص ٤١٩، ٤٣٢.

(٦٢) نويل، قذف ذوي الصفة العمومية والمرشحين، السابق، ص ٩٠٣.

(٦٣) بيرتلسمان، القذف والأشخاص العامة، مجلة أ.ل.أ. (١٩٦٦) ص ٦٥٧.

(٦٤) شويار، الأسس، السابق، ص ١١.

(٦٥) الدريدج، السابق، ص ٢٦٧.

(٦٦) الدريدج، السابق، ص ٢٦٧ والأحكام المشار إليها في هامش (٩).

(٦٧) بروسار، السابق، ص ٨٢٢.

على انتفاء حسن النية لدى الصحفي القاذف الذي يؤدي بذلك واجبه الإعلامي من أجل المصلحة العامة. فالقانون الأمريكي لم يكتف في ذلك بمجرد افتراض حسن النية دائماً في كل قذف بالحقيقة. بل افترض حسن النية أيضاً، في بعض الأحيان، في القذف بما يخالف الحقيقة، إذا كان ذلك استعمالاً للحق في الإعلام.

لقد أحسن القضاء الأمريكي صنعاً بإلغاء قرينة سوء النية التي كانت تفترض الكذب وسوء القصد في كل قذف صحفي في حق الغير. فمن العدل والقانون أن يكون على الموظف المقذوف إذا أراد الحصول على تعويض مالي مقابل المساس بسمعته الوظيفية، التي هي ملك للجمهور، عن طريق القذف الصحفي، أن يقيم الدليل لإثبات تعسف القاذف في استعمال الحق في الإعلام. ويستطيع المضرور إثبات ذلك بإقامة الدليل أمام القضاء المدني على عدم تناسب الوسائل المستخدمة مع الغرض الاجتماعي المقصود من الحق في الإعلام. لذلك، فينبغي على القضاء المصري، من أجل رعاية هذه الاعتبارات العملية السابقة، مراعاة عدم التشدد في تقدير صحة الوقائع القذفية التي يسندها الصحفيون إلى ذوي الصفة العمومية، إذا تعلقت الوقائع المسندة بسلوكهم الوظيفي.

ولذلك فنحن نؤيد الموقف الحكيم الذي اتخذه قانون المطبوعات والنشر لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (١٥) لسنة ١٩٨٠ في هذا الصدد. فقد اكتفى نص المادة ٨٤ من هذا القانون بأن يكون القاذف في حق ذي الصفة العمومية حسن النية، أي يعتقد صحة الوقائع القذفية المسندة وأن يكون اعتقاده هذا قائماً على أسباب معقولة حتى يستفيذ من الحصانة الصحفية أو من الإعفاء من المسئولية عن القذف بغير الحقيقة. ومن البديهي أنه يشترط لذلك أن يكون القذف متصلاً بأعمال الوظيفة العامة للشخص المقذوف.

الخاصة، دراسات مهداه إلى جوفريت ١٩٧٤ ص ٤٠٩ في ٤١٠ ـ سولال وجانبيو، س

(٨٣) نقض فرنسي ١٩٤٨/٣/١٦ ج. ب. ١٩٤٨ ـ ١ ـ ١٩٥ ـ نقض فرنسي ١٩٧٠/١١/٥ ب. ج. ق ٢٩١ ـ د. ١٩٧١ ص ٩٠ ـ نقض مصري ١٩٦٠/١٢/٣٠ س ١١ ص ٩٢٩ ـ نقض مصري ١٩٨١/٦/٢٠ غير منشور، نقض مصري ١٩٥٩/٣/٢٤ س ١٠، ص ٣٤٨.

(٨٤) دوماس، ص ٤٢٧.

(٨٥) نقض جنائي فرنسي ١٩٨٠/٧/٩ ج. ك. ب. ١٩٨٠ ـ ٣٦٢.

(٨٦) نقض فرنسي ١٩٥٢/٤/٣٠ ب. ج. ق ١١٤ ـ ١٩٥٥/١١/٣ ب. ب. ٤٥١.

(٨٧) دوماس، ص ٤٢٧ والأحكام العديدة المشار إليها فيه.

(٨٨) بروسار، ص ٨١٩.

(٨٩) ما سبق، هـ (١٧).

(٩٠) ما سبق، هـ (٤٧).

(٩١) بروسار، ص ٨١٩.

(٩٢) ما سبق، ف ٤٨.

(٩٣) راجع ما سبق ف ١٦.

(٩٤) الدريدج، ف ٥١ ص ٢٥٥ هـ (٤٥).

(٩٥) جيمس ضد جانيت (١٩٧٦) ٤٠ ن. ي. ٤١٥.

(٩٦) كيتون، القذف وحرية الصحافة، مجلة تكساس (١٩٧٦) ٥٤ ص ١٢٢١.

(٩٧) لندى، ص ٣٤ ـ بروسار، ص ٨٢١ ـ الدريدج، ف ٥١ ص ٢٥٤.

(٩٨) الدريدج، ف ٥١ ص ٢٥٥ ـ كورتيس ضد باتس (١٩٦٧) ي.س. ١٣٠ ـ ١٥٣ ـ بيكلي ضد هانكس (١٩٦٧) ٣٨٩ ي.س. ٨١.

(٩٩) لندى، ص ٣٥ ـ بروسار، ص ٨٢١ هامش (٢٩).

(١٠٠) رستتمانت، ف ٥٩١ ـ بروسار، ص ٦١٢.

(١٠١) بروسار، ص ٧٦٤ ـ رستتمانت ف ٣٥٩ ص ١٤٠ ـ بروبيرت، القذف والمصالح الأدبية، مجلة فاندار بيلت (١٩٦٢) ١٥ ص ١١٧٣ ـ ستول، انسيكلوبديا القانون المقارن، المسئولية التقصيرية، الباب الثامن فـ ١٩٤٤٩ ـ جيريسكلاسير مدني، ف ٦٣ ـ نقض مدني فرنسي ١٩٧٠/١/٧ ب. ٢، ق ٧، ص ٥.

(١٠٢) بروبيرت، السابق، ص ١٨٥.

(١٠٣) بروسار، ص ٧٦٢.

(١٠٤) باستثناء قانون ولاية ميريلاند الذي يشترط ثبوت تحقق الضرر المالي للتعويض عن القذف: سورهوف ضد هيرست كورب ٣٨٨ ف ١١٧.

(١٠٥) بروسار، ص ٧٦٥ ـ كار، قانون القذف الإنجليزي، المجلة الفصلية (١٩٠٢) ١٨، ص ٢٥٥.

(١٠٦) بروسار، ص ٧٦٤.

(١٠٧) دياس، قانون المسئولية التقصيرية المقارن، ١٩٨٠، ص ١٧٧.

(١٠٨) ساموبل، مشكلات تقدير التعويض عن القذف، المجلة الفصلية (١٩٦٣) ٧٩، صفحة ٦٣.

(١٠٩) الدريدج، ص ٣ وهو يلاحظ مغالاة المحلفين في قيمة التعويض العقابي في حالة ثبوت سوء النية، وفي التعويض الإصلاحي في غير ذلك من الحالات.

(١١٠) نقض فرنسي ١٩٧٨/٦/١٢ ج. ب. ١٩٧٩ ـ ١ ـ ١١٣ ـ نقض فرنسي ١٩٨٠/١٢/٢ ج. ب. ١٩٨١ (٩/٥) ـ نقض مصري ١٩٤٥/٤/١٦م ق ٦٦٤.

(١١١) نقض مصري ١٩٧٦/٥/٢٤ س ٢٧ ق ١٢٠ ص ٥٤٢.

(١١٢) نقض مصري ١٩٦٤/١١/١٧ س ١٥ ص ٨٧٦ ـ نقض فرنسي ١٩٧٠/٧/٩ ب. ٥٦١ ـ نقض فرنسي ١٩٧٢/٥/١٦ ب. ١٥١ ـ نقض فرنسي ١٩٢٢/٦/٢٦ د.ب. ١٩٢٢ ـ ١ ـ ١١٥.

(١١٣) نقض مصري ١٩٦٤/١١/١٧، س ١٥، ص ٦٨٧.

(١١٤) بروسار، ص ٧٩٦ - راي، الدفع بحقيقة القذف، مجلة مين (١٩٣١) ٤٣.

(١١٥) هارنيت وثورنتون، الحقيقة تؤذي، مجلة فا (١٩٤٩) ٣٥ ص ٤٢٥.

(١١٦) بروسار، ص ٧٩٧، هامش (٩٥).

(١١٧) الدريدج، ص ٣٢٣.

(١١٨) القاضي بريتان في: جاريسون ضد لويزيانا (١٩٦٤) ي.س. ٣٧٩ - ٦٤.

(١١٩) بروسار، ص ٧٩٧ - فليمنج، ٥٢٤ هامش (٢٥).

(١٢٠) شويار، الأسس، ص ١١.

(١٢١) بروسار، ص ٧٩٨.

(١٢٢) الدريدج، ف ٦٥ ص ٣٢٧ - شيوار، الأسس، ص ١١، فليمنج، ص ٥٢٤ - جاتلي، ص ١٥٢ - بروسار، ص ٧٩٦ - جولويكس، ص ٣٠١ - دياس، صفحة ١٦٨.

(١٢٣) محمود نجيب حسني، ف ٥٩٧ ص ٥٨٨ - محمود مصطفى، ف ٣٣٤ ص ٣٧٢ - أحمد فتحي سرور، ف ٤٨٧ ص ٧٢٣.

(١٢٤) محمد مصطفى القللي، المسئولية الجنائية، ص ١٤٣.

(١٢٥) نقض مصري ١٩٢٧/٢/٧ م. ق ص ٧٣٣.

(١٢٦) آمال عثمان، جريمة القذف، سنة ١٩٦٨، ٥٩.

(١٢٧) صالح سيد منصور، جريمة القذف في حق ذوي الصفة العمومية، رسالة دكتوراه سنة ١٩٣٩، ص ١٠٨.

(١٢٨) محمود مصطفى، ف ٣٣٦ ص ٣٧٤ - محمود نجيب حسني، ف ٦٠٠ ص ٥٨٩ - أحمد فتحي سرور، ص ٧٢٤.

(١٢٩) نقض مصري ١٩٠٠/٣/٣ س ٢، ص ٣.

(١٣٠) نقض ١٩٥٠/٥/١٧ س ١ ق ٢١٦ ص ٦٥٧ - نقض ١٩٨٠/٥/٢١ س ٣١، ق ١٢٧، ص ٦٥٤.

(١٣١) نقض ١٩٣٩/٥/٢٢ م ج ٤ ق ٣٩٥ ص ٥٥٦ - نقض ١٩٥٩/١٢/٢٢ س ١٠ ع ٣ ص ١٠٥٥ - ١٩٥٧/٢/٥ س ٨ ع ١ ص ١٢٢.

(١٣٢) نقض ١٩٣٢/١/٤ م ص ٧٤٠ - نقض ١٩٦٠/١١/٢٠ س ١٦ ص ٧٨٧.

(١٣٣) نقض ١٩٧٠/٣/١٦ س ٢١ ق ٩٢ ص ٣٧٣.

(١٣٤) نقض ١٩٤٦/١١/١١ س ٢٠ ق ٩٦، ص ٤٥٨.

(١٣٥) نقض ١٩٦٩/٤/٧ س ٢٠ ق ٩٦، ص ٤٥٨.

(١٣٦) نقض ١٩٣٤/٦/١١ م ق، ص ٤٠.

(١٣٧) آمال عثمان، السابق، ٧٨ - صالح منصور - السابق ص ٢١٤.

(١٣٨) صالح منصور، السابق.

(١٣٩) آمال عثمان، السابق.

(١٤٠) دارو، السب والإهانة في النظام القضائي سنة ١٧٧٥ - أشار إليه بلان وشافان ودراجو، ف ٣٢١، ص ٢٢٩.

(١٤١) سيريه سنة ١٧٨٩ - ١٨٣٠، ص ١٠١١.

(١٤٢) سيريه، السابق، ص ١٠١٠، هامش (١).

(١٤٣) سافاتييه، المسئولية، ج ١، ف ٩٦، ص ١٢٠ هـ (٣) - سيريه سنة ١٩٤٣ - ١٩٤٥، ص ١٦١٨.

(١٤٤) كايزار، القذف، السابق، ف ٦، ص ٤١٤، هامش (٢١).

(١٤٥) نقض فرنسي ١٩٥٤/١٠/١٢ د. ١٩٥٤ ص ٧٦٥ - نقض ١٩٤٨/٣/١٦ ج. ك. ب. ١٩٤٨ - ٢ - ٤٤٣١ - فوان، قانون العقوبات، ج ١، ط ٣ ف ٢٢٨ صفحة ٢٦٢.

(١٤٦) كايزار، القذف، السابق، ف ٧، ص ٤١٥.

(١٤٧) بلان وشافان ودراجو، السابق، ف ٣٢١، ص ٢٢٩ - لي تورنو، المسئولية، ف ٧٤١، ص ٢٦٧ - كايزار، القذف، السابق، ف ٧، ص ٤١٥.

(١٤٨) نقض جنائي ١٩٥٤/١٠/١٢ د. ١٩٥٤، ص ٥٦٥.

(١٤٩) كايزار، القذف، ف ٨، ص ٤١٦.

(١٥٠) سافاتييه، السابق، ف ٩٦، ص ١٢١.

(١٥١) مازو، المسئولية، ج ١، ف ٥٠١، ص ٥٧١ - سافاتييه، ف ٩٦، ص ١١٩ - بلانيول وريبرت ف ٥٨٧، ص ٨١٩ - لي تورنو، ف ٧٤٢، ص ٢٦٨ - دوماس، ص ٤١١ - أوبي، ف ١٠٣، ص ٣٧٠.

(١٥٢) راجع الأحكام المشار إليها في المراجع المذكورة في الهامش السابق.

(١٥٣) ما سبق، ف ٦٢.

(١٥٤) بروسار، ص ٨٢٠.

(١٥٥) الدريدج، ف ٤٧، ص ٢٤٣.

(١٥٦) سوليفان ضد نيويورك تايمز، ما سبق في هامش (١٧).

(١٥٧) الحكم المشار إليه في الهامش السابق.

(١٥٨) بروسار، ص ٨٢١.

(١٥٩) تيلتون ضد كوليس (١٩٦٩) ٧٦ واشنطون ٧٠٧.

(١٦٠) روزانبلات ضد باير (١٩٦٦) ٣٨٣ ي. س. ٧٥.

(١٦١) مونيتور باتريوت ضد روي (١٩٧١) ٤٠١ ي. س. ٢٦٥.

(١٦٢) لندى، ص ٣٨.

(١٦٣) ولستون ضد ريدرز ديجيست (١٩٧٩) ٩٩ س ٢٧٠١.

(١٦٤) الحكم المشار إليه في الهامش السابق.

(١٦٥) لندى، ص ٣٧ - سيبدا ضد كوليس (١٩٦٨) ٣٩٢ف ٢ - ٤١٧.

(١٦٦) الدريدج، ص ٢٦٧.

(١٦٧) جيرتز ضد روبيرت (١٩٧٤) ٤١٨ ي. س. ٣٢٣.

(١٦٨) الدريدج، ف ٥١، ص ٢٦٧.

(١٦٩) قضية جاريسون: الدريدج، ص ٢٦٧.

(١٧٠) روزانبلوم (١٩٧١) ٤٠٣ ي. س. ٤٧.

(١٧١) سوليفان ضد نيويورك تايمز السابق، هامش (١٧).

(١٧٢) الحكم السابق.

(١٧٣) الحكم السابق.

(١٧٤) بروسار، ص ٨٢٠.

قائمـة المراجـع

أولاً : باللغة الإنجليزية :

- بروسار : الأفعال الضارة ١٩٨٢ .
- فليمنج : الأفعال الضارة ١٩٨٣ .
- فريدمان : الأفعال الضارة ١٩٧٨ .
- رستتانت : الأفعال الضارة ١٩٨٣ (الطبعة الثانية) .
- ستول : انسيكلوبديا القانون المدني المقارن، ١١، (٨) ق ١٩٤٩٩ .
- ستريت : أسس المسئولية القانونية ١٩٨٠ .
- جولويكس : الفعل الضار، ١٩٧٩ .
- أولسين : الحق في الإعلام، مجلة تكساس (١٩٧٩) ٥٧ ص ٥٠٥ .
- الدريدج : قانون القذف ١٩٧٨ .
- جاتلي : قانون القذف، ١٩٨٣ .
- فريزار : القذف، ١٩٢٥ .
- شويار : الخوف والخطر والتعديل الأول للدستور، مجلة بوسطون ١٩٧٨ ٥٨، صفحة ٦٨٥ .
- شويار : اللغة والحقيقة والدستور، مجلة فرجينيا (١٩٧٨) ٦٤ ص ٢٦٣ .
- شويار : الأسس الاجتماعية لقانون القذف، مجلة قانون الإعلام، (١٩٨٠) ٣ .
- كالفين : تعليق في مجلة المحكمة العليا (١٩٦٤) ١٩١ .
- نويل : قذف ذوي الصفة العمومية والمرشحين، مجلة كولومبيا (١٩٤٩)، ٤٩، صفحة ٨٧٥ .
- دونيللي : تاريخ القذف، مجلة ويسكونسيل (١٩٤٩) ٩٩ .
- أدير : حرية الصحافة وقذف ذوي الصفة العمومية، مجلة كورنيل (١٩٦٧) ٥٢، صفحة ٤١٩ .
- بيرتلسمان : القذف والأشخاص العامة، مجلة أ.ب.أ. (١٩٦٦)، صفحة ٦٥٧ .
- لندى : النشر والقانون، ج ٤، سنة ١٩٨٠ .
- فولكس : تقرير اللجنة المكلفة بتطوير قانون القذف الإنجليزي، سنة ١٩٧٥، رقم ٥٩٠٩ .
- كيتون : القذف وحرية الصحافة، مجلة تكساس (١٩٧٦) ٥٤، ص ١٢٢١ .

ثانياً : باللغة الفرنسية :

- أوبي ودوكوس أدير : قانون الإعلام، ١٩٧٦ .
- بلان شافان ودراجو : قانون الصحافة، الطبعة الثانية، ١٩٧٩ .
- دوماس : قانون الإعلام، ١٩٨١ .
- كايزار : القذف والاعتداء على الحق في احترام الحياة الخاصة، دراسات مهداة إلى جوفريت، جامعة اكس، ١٩٧٤ .
- لي تورنو : المسئولية المدنية، ١٩٨٢ .
- ميمان : تعليق في د. ١٩٣٩ ـ ١ ـ ٧٧ .
- تولمون : حرية التعبير والقذف، ج.ب.أ، ص ٣٠٢ .



العرف الإداري كمصدر للأعمال الإدارية
في دولة الإمارات العربية المتحدة

إعداد : الدكتور شمس مرغني علي فراج*
أستاذ القانون العام المساعد بجامعة الإمارات العربية المتحدة

* عمل أستاذ مساعد بكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر له العديد من البحوث والمؤلفات في القانون العام.



تمهيد وتقسيم :

من الملاحظ أن الحروب العالمية قد خلفت دفعاً كبيراً نحو الاشتراكية فظهرت ضرورة تدخل الحكومات، بسبب ما جد بعدها من أزمات اقتصادية واجتماعية وفكرية في الدول، وما ترتب على كل ذلك من تطاحن القوى المختلفة في الدولة وخطر قويها على ضعفها[1]. وكان من مظاهر ذلك الاتجاه، أباح مجلس الدولة الفرنسي تدخل البلديات في ميدان العمل الاقتصادي وعرف باسم الاشتراكية البلدية Socialisme Municipal ولكن الإدارة لم تنزل إلى مستوى الأفراد كما هو في انجلترا، ولكنها مع ذلك لم ترتفع إلى مرتبة القديسين كما حدث في ألمانيا، وإنما جعلت لها مكانة وسطى تميزها بقدر دون أن نفترض فيها العصمة، أو بعبارة أخرى جعلت للإدارة «امتيازات» ولكن نظمت أوجه «رقابة» قوية على كيفية مزاولتها لهذه الامتيازات. ولكن تدخل الدولة في المجالات الاقتصادية أدى أن اتسعت مادة الإدارة، فازدادت موضوعات كانت لا تمازسها من قبل، وارتادت مجالات كانت وعرة المسالك عليها وأمطت جواد السلطة فيها فاكتمل الجانب القانوني للقانون الإداري. فاتسعت دائرته وظل كالتيار المنهمر يقتطع أجزاء متتابعة من مواد القوانين الأخرى، فاستكمل مع الزمن مقومات مادة واسعة المدى وفرع وارف الأفنان، وكان أكثر المقتطفات من القانون المدني. ولكن القانون الإداري حكمه حكم غيره من القوانين ـ بل هو أحوجها ـ خاضعاً لسنة التطور فلم يقنن، أي لم يحجز بين دفتي مجموعة محصورة المواد، جامدة النصوص، عسيرة التطور. ولم يكن عدم تقنينه ضاراً به، بل على العكس من ذلك جاء عادلاً وكان مفيداً، استجابة لمتطلبات الحياة الإدارية المتطورة، وسمة من سمات القرن العشرين ويعتبرها رجال القانون والسياسة في العصر الحديث أنها طغت على التطورات الدستورية التي كانت سمة القرن التاسع عشر، ومن الأمر البديهي أنه بقدر زيادة نشاط الدولة في الوقت الحاضر، وبمقدار تدخلها في أوجه النشاط المتباينة، يكون ازدياد المشاكل الإدارية الأخرى، وتتضاعف أهمية الإدارة بهيئاتها المختلفة وبعلاقاتها المتجددة المتطورة المعقدة. وفي حالة قصور النصوص التشريعية عن الاستجابة لهذا التطور يكون العرف خير معين للإدارة على أداء الواجب.

هذا من جانب ومن جانب آخر فإن الديمقراطية في القرن العشرين سداها العدالة الاجتماعية ولحمتها الصبغة السياسية الأصلية، وهذا في حد ذاته يولد روابط إدارية جديدة فتتضخم حتماً الروابط الإدارية السارية، وتظهر مشكلات إدارية لم تكن في الحسبان. ولا يستطيع المشرع التنبؤ بها فتواجهها الإدارة، وواجب عليها أن تتصدى لها، وتضع لها الحلول تحقيقاً لمهمتها وامتثالاً للواجب الملقى على عاتقها. ولا مستجيب لهذه الأوضاع إلا أن تدرج الجهة الإدارية على اتباع سلوك في مزاولة نشاط معين لها، وتستمر الإدارة وتلتزم هذا السلوك، والسير على سنتها في مباشرة هذا النشاط فتصبح بمثابة القاعدة القانونية الواجبة الاتباع ما لم تعدل بقاعدة أخرى مماثلة. ومن جهة أخيرة فإن تعقد الحياة الاجتماعية والاقتصادية المتزايدة، وما تنشأ بين الطبقات في المجتمعات من تنافس خطير، مما ألقى على عاتق الدولة التدخل لتنظيم ميادين الاصدام وفك التنازع بين القوى الاقتصادية المختلفة والهيئات الاجتماعية المتعددة في الدولة[٢]. ومن ذلك مثلاً تدخلها المتزايد في تنظيم العلاقة بين العمال وأصحاب الأعمال، والنتيجة الحتمية لمثل هذا التدخل المتعدد المسالك والأشكال، هي اتساع وزيادة القواعد الإدارية التي قد يعالجها المشرع ببعض التشريعات كالتشريع الصناعي، وقد تتصدى لها الإدارة بإصدار اللوائح، أو بالاستمرار على مسلك معين، وتلتزم به بصفة دائمة وبصورة منتظمة بحيث يصبح بمثابة قاعدة قانونية واجبة الاتباع وهو ما يعرف بالعرف الإداري. وهو يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع، ومن ثم فلا يجوز للعرف أن يخالف نصاً قائماً باعتباره يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع[٣]. ومن هذا برزت أهمية دراسة العرف كمصدر للأعمال الإدارية وخصوصاً في دولة الإمارات العربية المتحدة باعتبار أن التشريع وليد حديث نسبياً وأن القانون الإداري وليد غض الأطراف، لين الجانب، وذلك لعدم وجود مجلس دولة على غرار مجلس الدولة الفرنسي والمصري يضع القواعد ويقيم الصرح ويدعم البناء. وبالتالي فإن الإدارة إذا لم تجد قواعد إدارية يمكنها في حالة عدم ارتداء جواد السلطة، واستخدام امتيازاتها أن تلجأ إلى قواعد قانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ للاستهداء بها ووضعها في القالب الإداري الذي يتناسب مع أعمالها، إلى أن ينشأ المشرع قضاء متخصص في منازعات الإدارة، وفي ضوء ذلك يمكن تقسيم البحث إلى فصول:

الفصل الأول: تحديد الأعمال الإدارية.

الفصل الثاني: دور العرف في الشرائع المختلفة.

الفصل الثالث: دور العرف في قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة.

الفصل الرابع: دور العرف كمصدر للأعمال الإدارية.

١ ـ في نطاق القانون الدستوري.

٢ ـ قيمة العرف في مجال القانون الإداري.

٣ ـ الفرق بين العرف والعادة .
٤ ـ أركان العرف الإداري .
٥ ـ خصائص العرف الإداري .
٦ ـ مشروعية العرف الإداري .
الخاتمـــة .

الفصل الأول
الأعمال الإدارية

تختلف أعمال الإدارة من حيث الأثر الذي تحدثه ، إلى أعمال قانونية ، وأعمال مادية . –

والأعمال القانونية Les acts juridiques : هي تلك الأعمال التي تقصد بها الإدارة إحداث آثار قانونية معينة ، وينتج عنها إقامة مراكز قانونية جديدة أو تعديل في المراكز القانونية القائمة . وتتخذ هذه الأعمال القانونية صورة التصرف المنفرد وتسمى بالقرارات الإدارية النهائية وفقاً لنصوص قانون مجلس الدولة المصري أو القرارات الإدارية النافذة Kxécutoire وفقاً لما جرى عليه الفقه الفرنسي ، أو التصرف من جانبين (العقود الإدارية) .

وتمتاز المراكز القانونية بأنها متطورة بحسب حاجة المجتمع . ومتغيرة بحسب تغير الفلسفات السياسية والاجتماعية والاقتصادية ، سواء تم هذا التغيير نتيجة لإرادة المشرع أو بإرادة شاغلها . ووسيلة تغيير المراكز القانونية ، وإنشائها ، وإلغائها من جانب المشرع ، وأداة اكتسابها من جانب الأفراد ، هي الأعمال القانونية .

وبالنظر إلى هذه الغاية ، يقسم أنصار المعيار الموضوعي Le cirtére materiol (دوجي ، جيز ، بونار)[٤] الأعمال القانونية أقساماً ثلاثة .

(أ) **أعمال مشرعة** (Les actes régles) : وهي كل عمل قانوني ينشىء أو يعدل أو يلغي مركزاً قانونياً عاماً أو موضوعياً . ومن هذا القبيل القوانين المشرعة ، والقرارات التنظيمية .

(ب) **أعمال شخصية أو ذاتية** Les actes suljectifs : وهي الأعمال القانونية التي يتولد عنها أو تتعلق بمراكز شخصية بمعناها المتقدم . وأفضل مثال لها العقد . لأن المتعاقدين يضمنونه ما يشاءون (في حدود[٥] النظام العام وحسن الآداب) .

(جـ) **أعمال شرطية** Les actes condition ، وهي الأعمال القانونية التي تسند إلى فرد أو أفراد معينين مراكز قانونية عامة . فالمراكز القانونية العامة بفرد معين أو أفراد معينين ، إلا أنها لا تمس مراكز قانونية فردية . ومثلها في القانون العام ، التعيين في إحدى الوظائف العامة ، فمركز الموظف هو مركز قانوني عام ، وقرار التعيين هو الذي

بمثابة القاعدة القانونية الواجبة الاتباع ما لم تعدل بقاعدة أخرى مماثلة. ومن جهة أخيرة فإن تعقد الحياة الاجتماعية والاقتصادية المتزايدة، وما تنشأ بين الطبقات في المجتمعات من تنافس خطير، مما ألقى على عاتق الدولة التدخل لتنظيم ميادين الاصدام وفك التنازع بين القوى الاقتصادية المختلفة والهيئات الاجتماعية المتعددة في الدولة[٢].
ومن ذلك مثلاً تدخلها المتزايد في تنظيم العلاقة بين العمال وأصحاب الأعمال، والنتيجة الحتمية لمثل هذا التدخل المتعدد المسالك والأشكال، هي اتساع وزيادة القواعد الإدارية التي قد يعالجها المشرع ببعض التشريعات كالتشريع الصناعي، وقد تتصدى لها الإدارة بإصدار اللوائح، أو بالاستمرار على مسلك معين، وتلتزم به بصفة دائمة وبصورة منتظمة بحيث يصبح بمثابة قاعدة قانونية واجبة الاتباع وهو ما يعرف بالعرف الإداري. وهو يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع، ومن ثم فلا يجوز للعرف أن يخالف نصاً قائماً باعتباره يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع[٣]. ومن هذا برزت أهمية دراسة العرف كمصدر للأعمال الإدارية وخصوصاً في دولة الإمارات العربية المتحدة باعتبار أن التشريع وليد حديث نسبياً وأن القانون الإداري وليد غض الأطراف، لين الجانب، وذلك لعدم وجود مجلس دولة على غرار مجلس الدولة الفرنسي والمصري يضع القواعد ويقيم الصرح ويدعم البناء. وبالتالي فإن الإدارة إذا لم تجد قواعد إدارية يمكنها في حالة عدم ارتداء جواد السلطة، واستخدام امتيازاتها أن تلجأ إلى قواعد قانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ للاستهداء بها ووضعها في القالب الإداري الذي يتناسب مع أعمالها، إلى أن ينشأ المشرع قضاء متخصص في منازعات الإدارة، وفي ضوء ذلك يمكن تقسيم البحث إلى فصول:

الفصل الأول: تحديد الأعمال الإدارية.

الفصل الثاني: دور العرف في الشرائع المختلفة.

الفصل الثالث: دور العرف في قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة.

الفصل الرابع: دور العرف كمصدر للأعمال الإدارية.

١ - في نطاق القانون الدستوري.

٢ - قيمة العرف في مجال القانون الإداري.

الأعمال الحكومية والأعمال الإدارية:

وأعمال الإدارة تختلف عن أعمال الحكومة[٧]، ولقد بذل القضاء والفقه في فرنسا جهداً كبيراً في سبيل إيجاد معيار، يمكن الاعتماد عليه في التفرقة بين أعمال الإدارة وأعمال الحكومة، وتدرج جهد القضاء من القول بأن الفرق يكمن في الباعث السياسي Le moblite politique أو الغرض، إلى طبيعة العمل ذاته، على أساس أن أعمال

السلطة التنفيذية هي إما أعمال حكومية بطبيعتها أو أعمال إدارية بطبيعتها ..

وبالرجوع إلى أحكام القضاء الفرنسي يمكن القول بأنه يعتبر الأعمال الآتية أعمالاً حكومية .

١ ـ الأعمال المتصلة بالعلاقة بين السلطة التنفيذية وغيرها من السلطات العامة في الدولة . ومن أمثلتها دعوة المجلس التشريعي للانعقاد ، واقتراح القوانين ، وإصدار القوانين أو الاعتراض عليها ، أو التأخر في إصدارها ، أو سحب مشروع قانون أو إهمال الحكومة في استصدار قانون أو رفض أحد الوزراء طلب اعتمادات مالية من السلطة التشريعية .

٢ ـ الأعمال ذات الطبيعة الدبلوماسية كالأعمال المتعلقة بإبرام المعاهدات (الإعداد ، التحضير ، التنفيذ ـ آثار التنفيذ) . وأعمال رجال السلك السياسي في الخارج ، والإجراءات المتعلقة بالحرب كإعلان الحرب والإجراءات الاستثنائية المترتبة عليها .

٣ ـ الأعمال المتعلقة بسلامة الدولة الداخلية كإعلان الأحكام العرفية .

٤ ـ ومن التطبيقات الحديثة لفكرة أعمال السيادة التي قال بها مجلس الدولة الفرنسي ، استعمال رئيس الجمهورية لحقه المقرر في دستور سنة ١٩٥٨ بطرح مشروع قانون على «الاستفتاء الشعبي»[٨] .

أما القضاء الإداري المصري[٩] فإنه يحتفظ لنفسه بحق تقدير ما إذا كان العمل يعتبر حكومياً أو إدارياً[١٠] . وقد أخذ مجلس الدولة بما انتهى إليه القضاء الفرنسي من أن تحديد الأعمال الحكومية يرجع إلى طبيعة العمل ذاته . فقررت محكمة القضاء الإداري «أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن أعمال السيادة هي تلك الأعمال التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة فتباشرها بمقتضى هذه السلطة العليا لتنظيم علاقاتها بالسلطات العامة الأخرى داخلية كانت او خارجية . أو تتخذها اضطراراً للمحافظة على كيان الدولة في الداخل أو للذود عن سيادتها في الخارج . ومن ثم يغلب فيها أن تكون تدابير تتخذ في النطاق الداخلي أو في النطاق الخارجي ، إما لتنظيم علاقات الحكومة بالسلطة العامة الداخلية أو الخارجية في حالتي الهدوء والسلام وإما لدفع الأذى والشر عن الدولة في الداخل أو في الخارج في حالتي الاضطراب والحرب ..» .

ولقد حاولت محكمة القضاء الإداري أن تضع أمثلة للأعمال الحكومية بقولها «فهي تارة تكون أعمالاً منظمة لعلاقة الحكومة بمجلس البرلمان أو منظمة للعلاقات السياسية بالدولة الأجنبية ، وهي طوراً تكون تدابير تتخذ للدفاع عن الأمن العام من اضطراب داخلي أو لتأمين سلامة الدولة من عدو خارجي ، وذلك كإعلان الأحكام العرفية أو إعلان الحرب أو المسائل الخاصة بالأعمال الحربية . وهذه وتلك إنما هي أعمال وتدابير تصدر عن سلطة الحكم لا عن سلطة الإدارة . والضابط فيها معيار موضوعي يرجع فيه

إلى طبيعة الأعمال في ذاتها لا إلى ما يحيط بها من ملابسات عارضة»[١١].

أما المحكمة الإدارية العليا في مصر فقد قررت في حكمها الصادر في العاشر من ديسمبر سنة ١٩٦٦ بأن معيار التفرقة بين الأعمال الإدارية ... وبين أعمال السيادة .. مرده إلى القضاء الذي ترك له المشرع سلطة تقرير الوصف القانوني للعمل المطروح عليه، وما إذا كان يعد عملاً إدارياً عادياً يختص بنظره أو عملاً من أعمال السيادة يمتنع عليه النظر فيه، وأن ما يعتبر في بعض الظروف عملاً إدارياً عادياً، قد يرقى في ظروف أخرى إلى مرتبة أعمال السيادة، لارتباطه في ظل الظروف الجديدة بسياسة الدولة العليا أو بأحوالها الاجتماعية أو الاقتصادية المتطورة»[١٢].

أما الفقه الفرنسي فبعد محاولات كثيرة لوضع معيار للتفرقة بين الأعمال الحكومية والأعمال الإدارية انتهى إلى ترك هذا الأمر كله لتقدير القضاء.

أما الفقه المصري فقد انتهى كذلك إلى أنه «ليس ثمة معيار قاطع في التعرف على طبيعة عمل السيادة، وأن عمل السيادة في مصر ـ كما هو الشأن في فرنسا ـ هو كل عمل يقرر له القضاء هذه الصفة»[١٣].

الفصل الثاني

دور العرف في الشرائع المختلفة

العرف لعب دوراً كبيراً في الشرائع القديمة، في قانون «دراكون» الصادر سنة ٦١ ق م، وقانون «صولون» الصادر في أثينا سنة ٩٤ق م وقانون «حمورابي»[١٤] في بابل، وقانون «مانوا»[١٥] في الهند، وقانون «جو» في الصين[١٦]. ويذهب الفقه إلى أنه على الرغم من أن القانون المدني الصيني الأخير ـ قبل النظام الشيوعي ـ قد أدخل مبدأ المساواة بين الورثة ولم يفرق بين إناث وذكور في اقتسامهم تركة مورثهم ـ نجد أن ما كان يجري عليه العمل تطبيقاً لعرف مطبق فإنه يميز الولد الأكبر بنصيب من التركة. ويوجد مثل هذه الأعراف في الفيتنام.

ولقد حافظ العرف على هذا المركز القانوني حتى في أغلب الحضارات الحديثة عهداً، ففي الحضارات العراقية القديمة ومصر الفرعونية، استحال العرف الذي كان سائداً بين سكان ما بين الرافدين القدماء ونهر النيل إلى شرائع قانونية مدونة. ونشير، مثلاً، إلى قانون «باللاما»[١٧] وقانون «لبت عشتان»[١٨] وقانون «صولون»[١٩].

لما كانت للعادات التي ألفها الناس وساروا عليها مدة من الزمن في حياتهم وتصرفاتهم، وللأعراف التي تعارفوها، وعملوا بمقتضاها أجيالاً متعاقبة في مجتمعاتهم، ومعاملاتهم، سلطان على مسلك الناس، وأثر عميق في النفوس حتى ذهب الناس إلى القول «العادة أم الطبيعة» وجاء في الأمثال القديمة «العادة أملك من الأدب».

الفصل الثالث

دور العرف في قانون المعاملات المدنية
في دولة الإمارات العربية المتحدة

فقد اعتبر المشرع دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق والعرف بغير ذلك (م ١٤٨). كما أجاز المشرع للقاضي أن يحدد مدة خيار الشرط طبقاً للعرف في العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ إذا لم يتفقا أطراف العقد على تحديدها (م ٢١٩). كما أن آثار العقد لا تقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن تتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف (م ٢/٢٤٦). وللعرف دور في تفسير العقد فنص المشرع في المادة ٢/٢٦٥ من نفس القانون على أنه «أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات » وفي أحكام الوكالة نص المشرع على أن «من قام بفعل نافع للغير دون أمره ولكن أذن به القاضي أو أوجبته ضرورة أو قضى به عرف فإنه يعتبر نائباً عنه» (م ٣٢٥) وفي تحديد الثمن المبيع يلعب العرف دوراً، فإذا لم يكن في مكان وزمان البيع سوق اعتبر المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره سارية (م ٥٠٤). ويستحق الثمن معجلاً ما لم يتفق أو يتعارف على أن يكون مؤجلاً أو مقسطاً لأجل معلوم (م ٥٠٨). وكل ما يجري العرف على اعتباره من توابع المبيع يجب تسليمه مع العقد ولو لم يذكر في العقد (م ٥١٧).

ولقد اعتد المشرع بدور العرف في عقود البناء والشجر والأرض والزرع فنص في المادة ٥١٨ على أن «العقد على البناء أو الشجر يتناول الأرض التي يقوم عليها البناء والأرض التي تمتد فيها جذور الشجر والعقد على الأرض يتناول ما بها من بناء وشجر إلا إذا اقتضى شرط أو عرف غير ذلك في العقدين».

أما بيع الأرض فلا يتناول ما عليها من زرع إلا إذا قضي شرطاً وجرى عرف على خلاف ذلك (م ٥١٦). ولكن بيع الشجر أصالة أو تبعاً للأرض فإنه يتناول ما عليه من ثمر لم يؤبر أو لم ينعقد كله أو أكثره. فإن كان مؤبراً أو منعقداً كله أو أكثره فلا يتناوله العقد إلا إذا قضى شرط أو جرى عرف بتبعيته لأصوله (م ٥٢٠). أما العقد على الزرع الذي يؤخذ جذاً فلا يتناول الخلفة إلا إذا قضى شرط أو جرى عرف على خلاف ذلك (م ٥٢١).

وكذلك عني الشرع الإسلامي بمراعاة العرف السليم ومسايرته، حتى يسهل على الناس قبولها، ولا يجدوا في تطبيقها مشقة وصعوبة، ولا يجدوا ضيقاً وحرجاً في الاستفادة بها في معاملاتهم وتصرفاتهم اليومية، لأنه غير مجاف لما تعارفوه وألفوه واعتادوه وتعاملوا به.

ولقد تعرض الإسلام في تشريعه وتقنينه في وضع الأحكام الشرعية لعرف العرب وعاداتهم التي كانت سائدة وقت نزول الوحي، وقائمة عند التشريع، وتناولها بما يتفق ومقاصد الشريعة السمحاء وتحققه من اليسر على الناس لا العسر. تاكيداً لقوله تعالى: «وما جعل عليكم في الدين من حرج» فلقد أقرت الشريعة الإسلامية العرف، واعتبرت العادات الملزمة واجبة الاتباع كالقواعد المسنونة[٢٠]، إذا لم تخالف قاعدة أقرتها المشروعية العليا ولذا عرفه البيري في شرحه للأشباه، والنظائر نقلاً عن «المستصفي» بقوله «العادة والعرف ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول».

وقال العلامة «علي حيدر» شارح مجلة «الأحكام العدلية» في تعريف العادة عند شرحه المادة ٣٦ العادة محكمة ما نصه: هي الأمر الذي يتقرر بالنفوس، ويكون مقبولاً عند ذوي الطباع السليمة بتكراره المرة بعد المرة. على أن لفظ «العادة» يفهم منها تكراراً لشيء ومعاودته بخلاف الأمر الجاري صدفة مرة أو مرتين، ولم يعتده الناس فلا يعد عادة ولا يبني عليه حكم. والعرف بمعنى العادة. ويذهب الشيخ عمر عبد الله[٢١] إلى أنه يؤخذ من هذه التعريفات الاصطلاحية للعرف أن العرف والعادة في الاصطلاح الفقهي معناهما واحد، فقد عرفهما صاحب «المستصفي» بتعريف واحد ونص شارح «المجلة العدلية» على أن العرف بمعنى العادة. فيكون عطف العادة على العرف في قولهم بدلالة العرف والعادة وأمثاله من باب التأكيد لا التأسيس، فلا تفيد كلمة العادة معنى غير معنى العرف.

أما بالنسبة إلى المجتمعات الحديثة وإلى نظمها السياسية فلا خلاف في أن العرف لا يزال مصدراً مادياً مهماً للقانون، ففي انجلترا نجد أن للعرف الدستوري أهمية مرموقة. ويذكر الأستاذ جننجز Jennigs أنه يقدم اللحم الذي يكسو عظام القانون المجردة، ويجعل في الإمكان أعمال النصوص الدستورية ومسايرتها للأفكار المتطورة».

والعرف كان ولا يزال مصدراً تمليه الضرورة والواقع وطبائع الأشياء وهو المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة، ويعتبرونه وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات. بل إن هذا المصدر سيظل إلى جانب التشريع مصدراً تكميلياً خصباً لا يقف انتاجه عند حدود المعاملات التجارية، بل يتناول المعاملات المدنية التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني[٢٢] ويظهر ذلك في قانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ في دولة الإمارات العربية المتحدة باعتبار أن التشريع بدأ فيها حديثاً نسبياً.

ويكون تسليم المبيع في كل شيء حسب طبيعته ووفقاً لما جرى عليه الاتفاق أو العرف (٢/٥٢٥). أما تسليم الثمن فيلتزم المشتري بسداده معجلاً في مكان وجود المبيع وقت العقد ما لم يوجد اتفاق أو عرف يغاير ذلك (م ١/٥٦٢).

ويرجع القاضي إلى العرف في حالة تضمين عقد السلم شروطاً مجحفة إجحافاً بينا وذلك لرفع هذا الإجحاف (١/٥٧٤). أما في عقد الهيئة والشركات بوجه عام فلم يكن للعرف دور، بل اتجه المشرع إلى أن للتشريع الدور الأساسي ووجد في العرف المصدر الخصب بجانب التشريع، فقرر الرجوع إلى العرف لتحديد مواعيد سداد الأجرة المستحقة عن وحدة زمنية وإلا حددها القاضي بناء على طلب من صاحب المصلحة (م ٢/٧٥٢) وفي حالة الخلاف بين المؤجر والمستأجر على صيانة الشيء المؤجر فيمكن الرجوع إلى العرف لتحديد القدر المتعارف عليه وتحديد ما يلزم دفعه كل منهما (م ٧٦٧، ٧٦٨) ويضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في الشيء المؤجر من عيوب تحول دون الانتفاع أو تنقص منه نقصاناً فاحشاً ولا يضمن العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها (م ١/٧٧٢).

أما المستأجر فلا يجوز له أن يتجاوز في استعمال الشيء المؤجر حدود المنفعة المتفق عليها في العقد، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب الانتفاع به طبقا لما أعدله وعلى نحو ما جرى عليه العرف وجب عليه ضمان ما ينجم عن فعله من ضرر (م ٧٧٧).

ويلزم المستأجر بإجراء الترميمات التي تم الاتفاق عليها أو جرى العرف على أنه مكلف بها. وعليه خلال مدة الإيجار تنظيف الشيء المؤجر وإزالة ما تراكم فيه من أتربة أو نفايات وسائر ما يقضي العرف بأنه مكلف به (م ٧٧٩).

ولم يكن العرف بعيداً عن حالات انتهاء عقد الإيجار، فيجوز لأحد المتعاقدين لعذر طارىء يتعلق به أن يطلب إنهاء عقد الإيجار وحينئذ يضمن ما ينشأ عن هذا الإنهاء من ضرر للمتعاقد الآخر في الحدود التي يقرها العرف (م١/٧٩٤).

وفي العلاقات التي تنظم شؤون الزراعة يلعب العرف دوراً ليس بالقليل، فيلتزم المؤجر بإجراء الاصلاحات التي يتوقف عليها استيفاء المنفعة المقصودة، وعلى المستأجر إجراء الاصلاحات التي يقتضيها الانتفاع المعتاد بالأرض وصيانة آلات السقي والمصارف والطرق والقناطر والآبار. وهذا كله ما لم يجر الاتفاق أو العرف بغير ذلك (م ٨٠٥).

وإذا استحق الشجر أو الثمر أو الزرع وكان المتعاقدان في المساقاة أو إحداهما قد اتفق أو قام بعمل ذي أثر في نمو الشجر أو الثمر أو الزرع ترتب ما يلي بحسب الأحوال.

فإذا أجاز المستحق عقد المساقاة حل محل من قدم الشجر أو الزرع تجاه المساقي في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد ويؤدي المستحق إلى من قدم الشجر أو

الزرع مثل ما أنفقه من نفقات نافعة بحسب العرف.

فإذا لم يجز المستحق العقد، وكانت المساقاة بحسن نية دون علم أحد من الطرفين بسبب الاستحقاق كان للمستحق الخيار إما أن يأخذ ما استحقه ويدفع للمساقي أجر مثله ويؤدي لمن قدم الشجر أو الزرع ما أنفق من نفقات نافعة بحسب العرف. وإما أن يترك لهما الغلة إلى نهاية موسمها ويأخذ ممن قدم الشجر أو الزرع تعويضاً عادلاً بحسب العرف عما فاته من منفعة بسبب هذا الانتظار.

فإذا كان أحد المتعاقدين سيء النية والآخر حسنها ترتب لحسن النية منهما على المستحق تعويض عادل بحسب العرف عما أفاد الشجر أو الثمر أو الزرع بنفقته أو بعمله (م ٨٣٠).

فإذا قصر المساقي في القيام بالعمل الذي شرط عليه أو جرى به العرف، فإنه يحط من نصيبه في الغلة بنسبة ما قصر فيه من عمله (م ٨٣٣).

أما عقود المقاولات فإن حكمها حكم عقود العمل فإن للعادات والعرف دور بارز ويظهر في التزامات المقاول أو التزامات صاحب العمل. فمثلاً إذا اشترط صاحب العمل أن يقدم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها كان مسؤولاً عن جودتها طبقاً لشروط العقد إذا وجدت، وإلا فطبقاً للعرف الجاري (م ١/٨٧٥).

ويلتزم المقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من آلات وأدوات إضافية على نفقته ما لم يقضي الاتفاق أو العرف بغير ذلك.

ويلتزم صاحب العمل بدفع البدل عند تسليم المعقود عليه إلا إذا نص الاتفاق أو جرى العرف على غير ذلك (م ٨٨٥). أما عن أجر المهندس الذي قام بتصميم البناء والإشراف على تنفيذه، فإذا لم يتفق عليه استحق أجر المثل طبقا لما جرى عليه العرف (١/٨٨٩). وكذلك العامل فإذا لم يكن الأجر مقدراً في العقد كان للعامل أجر مثله طبقاً لما جرى عليه العرف، فإذا لم يوجد عرف تولى القاضي تقديره وفقاً لمقتضيات العدالة (م ٢/٩٠١). فإذا كان العمل المعقود عليه تعليم شيء مما يكون في تعليمه مساعدة من المتعلم للمعلم ولم يبين في العقد أيهما يستحق أجراً على الآخر فإنه يتبع في ذلك عرف ذوي الشأن في مكان العمل (م ٩٠٤).

وملحقات الأجر تأخذ حكمه من حيث أثر العرف فيها، فكل منحة تعطى للعامل علاوة على المرتب وما يصرف له جزاء أمانته أو مقابل زيادة أعبائه العائلية وما شابه ذلك إذا كانت هذه المبالغ مقررة في عقود العمل الفردية أو لوائح المصنع أو جرى العرف بمنحها حتى أصبح عمال المصنع يعتبرونها جزءاً من الأجر لا تبرعاً على أن تكون هذه المبالغ معلومة المقدار قبل الحجز (م ١/٩٠٢جـ). أما الهبة فلا تلحق بالأجر إلا في الصناعة أو التجارة التي جرى عليها العرف بدفع هبة وتكون لها قواعد تسمح بضبطها (م ٢/٩٠٢). ويكون أداء الأجر للعامل في الزمان والمكان اللذين

يحددهما العقد أو العرف (م ٢/٩١٢). أما إطعام العامل أو كسوته فيلزم صاحب العمل بهما إذا جرى العرف به سواء اشترط ذلك عليه أم لا (م ٩١٥). وفي مقابل ذلك يلتزم العامل بكل ما جرى العرف على أنه من توابع العمل ولو لم يشترط في العقد (م ٩٠٦). وعليه أن يحتفظ بأسرار صاحب العمل الصناعية والتجارية ولو بعد انقضاء العقد وفقاً لما يقتضيه الاتفاق أو العرف (م ٥/٩٠٥). ولكن في عقد الوكالة لم يكن للعرف دور هام فلم يشر إليه المشرع إلا في نصين، الأول في الفقرة الثانية من المادة ٩٢٧ بقوله «فإذا كانت الوكالة خاصة، فليس للوكيل إلا مباشرة الأمور المعينة فيها وما يتصل بها من توابع ضرورية تقتضيها طبيعة التصرفات الموكل بها أو العرف الجاري.

والثاني في الفقرة الأولى من المادة ٩٤٦ بقوله «إذا كان الوكيل بالمبيع غير مقيد بالبيع نقداً فله أن يبيع مال موكله نقدا أو نسيئة حسب العرف.

أما عقد الإيداع فلم يلجأ فيه المشرع إلى العرف إلا في بعض الأحكام بمناسبة تحديد الأجر عن حفظ الوديعة أو أجر المحل الذي وضعت فيه. فقرر المشرع ليس للمودع عنده أن يطلب أجره على ذلك إلا إذا اشترط ذلك عند الإيداع أو جرى عرف خاص به (٩٦٥). وفي حالة الإنفاق على الوديعة في حالات الضرورة أو المستعجلة فيجوز للمودع عنده أن ينفق بالقدر المتعارف ويرجع بما أنفقه من ماله على المودع (م ٩٨٨).

ولا تختلف عقود الضرر عن عقد الإيداع أو حق المجري فإن المشرع لن يلجأ فيها إلى العرف إلا في عقد الراتب مدى الحياة فقرر في الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٢ بأنه «فإذا تعلق الالتزام بتعليم أو علاج أو انفاق فإنه يجب الوفاء به طبقاً لما جرى به العرف إلا إذا تضمن الالتزام غير ذلك وفي حق المجري بقوله إذا ثبت لأحد حق المجري في ذلك أجر وتحقق ضرره فعلى صاحب المجري تعميره وإصلاحه لرفع الضرر، فإذا امتنع جاز لصاحب الملك أن يقوم به على نفقة صاحب المجري بالقدر المعروف.

الفصل الرابع
دور العرف كمصدر للأعمال الإدارية

المبحث الأول
في نطاق القانون الدستوري

في سائر فروع القانون الخاص منها والعام على السواء(٢٣) يلعب العرف دوراً. فيعتمد القانون الدولي العام على العرف اعتماداً كبيراً. وذلك بسبب عدم وجود سلطة عليا تختص بالتشريع بالنسبة للمجتمع الدولي(٢٤). كما أن العرف يعد مصدراً من مصادر القانون الدولي الخاص. ولقد كان العرف المصدر الوحيد للقانون الدستوري، قبل ظهور

الدساتير المكتوبة، وأنه لا يزال العرف مصدراً لبعض المسائل الدستورية، وهو الأمر الذي يفسر الاهتمام بدراسة الأعراف القائمة في هذا المجال[٢٥].

ويقول الأستاذ فالين أن الدستور الإنجليزي هو دستور عرفي وذلك لأن قسماً كبيراً من القواعد، التي يعتقد الإنجليز أنها تكون دستور بلادهم، لم تكن ضمن نصوص القانون المكتوب. هذا بالإضافة إلى أن كل قاعدة دستورية مكتوبة لم تأخذ صفتها هذه إلا بعد أن قبلها الرأي العام، أي بعد أن أصبحت قاعدة عرفية. أي يلتزمون بالعادات التي لا يمكن إبعادها دون مخالفة القانون وهذه العادات تسمى Convention de la constitution، وتظهر أهمية العرف الدستوري في إنجلترا من استطلاع المجال الذي يسيطر عليه، ويشمل هذا المجال موضوعين رئيسيين.

أولاً: تنظيم اختصاصات السلطة التنفيذية ولاسيما في علاقاتها مع البرلمان. وفي هذا المجال، يحدد العرف الدستوري معظم القواعد المتصلة بكيفية تشكيل الوزارة وممارستها لسلطاتها كما هو الشأن بالنسبة إلى ما يلي: الملك مقيد بأن يستعمل سلطاته بناء على مشورة وزرائه وعن طريقهم. الملك مقيد بأن يدعو البرلمان إلى الاجتماع مرة كل سنة. الملك مقيد بأن يصدق على مشروعات القوانين التي يقرها مجلس البرلمان أو مجلس العموم وحده على حسب الأحوال. الوزراء مسؤولون بالتضامن أمام البرلمان عن السياسة العامة للوزراء. الوزارة تستمد سلطاتها من تأييد أغلبية الأعضاء في مجلس العموم فإن فقدت ثقتهم وجب عليها الاستقالة.

ثانياً: تنظيم اختصاصات مجلس البرلمان (العموم واللوردات) ولاسيما في علاقتهما المتبادلة فيما يختص بهذا المجال.

وأهمية العرف بالنسبة للنظم الدستورية ليس وقفاً على إنجلترا بل نجد له أثراً في النظام الدستوري الأمريكي والألماني وفي الجمهورية الخامسة في فرنسا. ذلك لأنه ليس في إمكان مشرعي أي دستور - كما يقول الدكتور إسماعيل مرزة - أن يتوقعوا كل شيء أو يتصوروا حلولا لمسائل لم تثر بعد. فهم لا يشرعون للمستقبل البعيد جداً وإنما ينظمون وضعاً سياسياً حاضراً ويوضحون فكرة قانونية تبناها الرأي العام، أو يذكرون سوابق إما للاحتفاظ بها كتقاليد عزيزة على القوم أو لعدم الرجوع إليها لتغير الظروف.

المبحث الثاني
مدلول العرف في مجال القانون الإداري

وفي مجال القانون الإداري فإن الفقه يتجه إلى مذاهب. فيرى فيه البعض[٢٦] أنه وإن كان غير منكور، فهو عملاً غير مذكور. بينما يرى البعض الآخر أن دور العرف ضعيف بسبب تبدل. وتشعب النشاط الإداري[٢٧]، وإن أهميته في القانون الإداري ثانوية إلى حد

كبير[٢٨]. بينما أتجه مع فريق من الفقهاء إلى أن فكرة العرف في حد ذاتها عويصة معقدة، شأنها في ذلك شأن النظريات المتعلقة بمصادر القانون وإنها مازالت تثير كثيراً من الجدل والخلاف[٢٩]، لأنه يعتبر عنصراً من عناصر المشروعية فضلاً عن كونه مصدراً من مصادر القواعد الإدارية. مما يوجب على الإدارة بعدم التمييز بين المخاطبين بأحكام به، والتمييز بين الحالات التي تطبق عليها هذه الأحكام مما يمنع الإدارة من الاستبداد ويحول دون طغيانها[٣٠]. فالعرف الإداري يتصل بمسائل هامة في حياة المواطنين مثل مسائل الحرية والملكية، وغير ذلك من المسائل. ومفهومه يختلف من قانون إلى آخر، فالمفهوم المدني للعرف ينصرف إلى العادة الملزمة قانوناً أي «العادة التي تتأصل إلى حد الإلزام بسبب اطراد الأفراد على حكم معين مع شعورهم بأنه ملزم قانوني، على أن تكون لهذه العادة صفة العموم، والقدم، والثبات»[٣١]. والمفهوم الدولي للعرف «هو مجموع الأحكام القانونية الناشئة من تكرار التزام الدولة في تصرفاتها مع غيرها في حالات معينة بوصفها قواعد ثبت لها في اعتقاد الدول المتحضرة وصف الإلزام القانوني»[٣٢].

أما المفهوم الدستوري للعرف يقتضي «جريان الهيئات الحاكمة على عادة معينة في موضوع من موضوعات القانون الدستوري مع قيام الإحساس في ضمير الجماعة بوجوب احترام هذه العادة باعتبارها قاعدة قانونية ملزمة»[٣٣]، أما مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية بأنه «ما استقر في النفوس من جهة النقول، وتلقفته الطبائع السليمة بالقبول»[٣٤].

والعرف الإداري وليد نشاط الإدارة، ومن غير المتصور وجوده خارج أروقة الإدارة، فيعرفه الدكتور محمد فؤاد مهنا بأنه «العادات المتبعة في كل مرفق فيما يتعلق بتصريف شؤونه»[٣٥]. بينما يذهب الدكتور توفيق شحاتة بقوله أنه «سير الإدارة على منوال أو هو سلوك الإدارة»[٣٦].

ويعرفه القضاء الإداري المصري «بأن تسير الجهة الإدارية على نحو معين في مواجهة حالة معينة، بحيث تصبح القاعدة التي تلتزمها مختارة بمثابة القانون المكتوب» محكمة القضاء الإداري في الحكم الصادر بتاريخ ٢٢ يونيو ١٩٥٧.

«ترى أن العرف الإداري هو، استقرار الإدارة العامة المختصة بصفتها سلطة عامة على قاعدة تنظيمية عامة، واقتران هذه القاعدة بالتزام الإدارة بها وخضوع الأفراد لحكمها وألا تكون قد نشأت مخالفة للقانون».

المبحث الثالث

الفرق بين العرف والعادة

يتم أحياناً خلط بين العرف والعادة، ومن صور الخلط، إعطاء العرف مدلولاً متسعاً يشمل كل قاعدة قانونية تنشأ خارج التشريع، فالعرف في نظر هذا الرأي يشمل العادات وأحكام المحاكم وإجماع الفقه، ثم المبادىء العامة للقانون(٣٧). ومن مظاهر هذا الخلط اعتبار العرف الإداري نوعاً من أنواع اللائحة، فلقد ذهبت محكمة النقض المصرية بأنه «لا محل للقول بأنه لا توجد لوائح تقضي بأن يلتزم سائق السيارة السير على يمين الميدان محل الواقعة ويدور حوله. لأن العرف جرى بأن يلتزم سائقو السيارات الجانب الأيمن على الطرق دائماً».

ولو تأملنا في القاعدة العرفية لوجدنا أنها تنشأ من الانتشار، وهذا ما ينفي عنها صفة الغموض، وإلا كيف يمكن للأفراد، أن يعتنقوها، ويقبلوا بأحكامها. فالعرف ـ لغة ـ يفيد الوضوح والظهور، في حين أن العادة ـ وهي مرحلة من مراحل العرف ـ تفيد التكرار والمعاودة، دون الوضوح. فالوضوح قد يقترن بالعادة، فيقودها إلى إنشاء العرف.

وتبعاً لهذا التحديد، فالوضوح وصف للمضمون المادي للقاعدة، ولا علاقة له بالركن المعنوي، وبالمقابل فقد تتسم القاعدة المكتوبة بالغموض دون أن يؤثر ذلك على قيمتها القانونية.

للعرف القدرة على توليد الأحكام القانونية، على خلاف العادة فليس لها هذه المكنة. ولذلك يرى الفقه أنه لا يؤخذ بالعرف إذا كان مخالفاً لقواعد العدل. وقد تأكد هذا الشرط في بعض النصوص القانونية(٣٨).

ويرى بعض الفقهاء «أنه إذا كان شرط المعقولية أمراً لازماً في العرف بوجه عام، فإنه أكثر استلزاماً في حدود الشرط السلبي للعادات الإدارية، وذلك حتى يمتنع على الإدارات العامة الاعتيادي على أمور مخالفة للعقل، لاسيما أن الأعراف، الإدارية تتعلق بالمصالح العامة»(٣٩).

ويتحفظ البعض على هذا الشرط بقوله «أنه لا يمكن للعرف ـ مهما كانت صفته ـ أن يتعارض مع الأسس العامة للمجتمع، ومن جهة أخرى، فإن هذا الشرط لا يصدق إلا في حق العرف المحلي أو الطائفي، إذ قد يتصادم هذا العرف مع ما استقر في الجماعة من قواعد متعلقة بالنظام العام والآداب. أما العرف الشامل فلا مجال للقول باشتراط موافقته للنظام العام والآداب العامة، لأنه هو نفسه يتكون في الجماعة، ويساهم في تحديد النظام العام والآداب فيها»(٤٠).

ومن أمثلتها في فرنسا العرف الإداري الـذي كان يتضمن قيام الإدارة وتحديد نطاق الأموال العامة[٦٢]. وكذلك العرف الإداري المتضمن قيام الوزير باستشارة جماعات التمثيل المهني[٦٣].

والعرف الإداري الذي استقر في مصر والمتضمن عدم نشر قرارات مجلس الوزراء المتعلقة بالوظيفة العامة، والاكتفاء بسليمها إلى الجهات الإدارية المختصة[٦٤].

والعرف الإداري الذي اطرد على إضافة نفاذ القرارات الإدارية إلى تاريخ لاحق لصدورها[٦٥].

والعرف الإداري الذي استقر في دولة الإمارات العربية المتحدة على أن الموظف لا تصرف له مستحقاته إلا بعد صدور الذاتية.

ويرى بعض الفقهاء أن نظرية «تخصيص الأهداف» أو مراعاة التخصص من قبل المؤسسات العامة في فرنسا هذه النظرية وليدة العرف الإداري[٦٦].

المبحث السادس

مشروعية العرف الإداري

هل يشترط في العرف الإداري أن يتفق مع القانون أم لا يتعارض معه حتى يكون مشروعاً.

الإجابة على هذا التساؤل تقتضي إلقاء الظل على معنى الدولة القانونية في نطاق عمل الإدارة. تعني عبارة «الدولة القانونية» في هذا المجال هو «خضوع الإدارة للقانون»[٦٧]. ولكن ما معنى القانون،وما معنى خضوع الإدارة للقانون؟

نرى مع جمهور الفقهاء «أن معنى القانون يتسع لكافة القواعد القانونية التي تلتزم بها الإدارة سواء أكانت مكتوبة أم غير مكتوبة[٦٨]. وبناء على ذلك لا تتضمن القواعد الفردية، لأن هذه القواعد ليست ملزمة في ذاتها، وإنما باعتبارها تطبيقاً لقاعدة عامة مجردة.

أما خضوع الإدارة للقانون يعني التزام كافة السلطات الإدارية فيما تمارسه من أعمال، وما تصدره من قرارات بالقانون[٦٩].

ولما كان العرف الإداري هو عمل إداري ومشروعيته مرتبطة بمشروعية العمل الإداري. والأخير لا يكتفي فيه بأن يجعل من القانون حد Limite بل غاية، وذلك بتفسيره النص أو بوضعه موضع التطبيق[٧٠]. وبالتالي فإنه لا يكفي لمشروعيته العرف الإداري عدم التعارض مع القانون، وإنما لابد من التوافق مع نص القانون[٧١]. وفي هذا الشأن نذكر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية القائل «أن عيب مخالفة القانون، ليس مقصوراً على مخالفة نص في قانون أو لائحة بل هو يصدق على مخالفة كل قاعدة جرت

عليها الإدارة أو اتخذتها شرعة لها ومنهاجاً »[٧٢].

فمن المسلم به أن العرف إن جاز أن يعدل أو يغير من القواعد القانونية المفسرة أو المكملة لإرادة الطرفية، فإنه لا يجوز أن يخالف نصاً آمراً. والنصوص الإدارية جميعها قواعد آمرة لا يستساغ أن ينشأ عرف على خلافها.

وتأخذ محكمة استئناف أبوظبي من العرف مصدراً لتقدير التعويض فتذهب في حكمها رقم ٣١١ لسنة ١٩٨٢ مدني الصادر بتاريخ ٢١ من ديسمبر ١٩٨٣ إلى «أن مناط تقدير التعويض عند فسخ عقد المقاولة وقوع ضرر، فلا يفترض وجوده بمجرد وقف تنفيذ العقد من جانب أحد المتعاقدين، فقد لا ينفذ المدين التزامه ولا يصيب الدائن ضرراً، وأنه يقع على عاتق الدائن عبء إثبات حصول الضرر أو وجود العرف الملزم للتعويض».

وتجدر الملاحظة إلى أن التعارض بين القاعدة العرفية والنصوص التشريعية إنما يتم في نطاق تطبيق القاعدة العرفية، وليس في مجال آخر «إذا يمكن أن تطبق قاعدة عرفية في شخص إداري عام، ما دامت لا تتعارض مع أحكام هذا النظام، وإن تعارضت مع قواعد تشريعية أخرى مطبقة لدى شخص آخر. وبالتالي فلا مجال لإثارة التعارض بين القاعدة العرفية والنصوص إلا في الحدود التي تطبق فيها القاعدة، وليس مع أنظمة مطبقة في مجال آخر، كذلك فلا مجال لإثارة تعارض العرف الإداري السائد في أشخاص عامة أخرى أو في قسم إداري في ذات الشخص المعنوي[٧٣].

ولقد أرسى القضاء الإداري[٧٤] المصري في أحكام عديدة مبدأ سمو التشريع على العرف فاشترطت المحكمة الإدارية العليا لاعتبار العرف ملزماً أن يتوفر به شرطان:

١ ـ أن يكون عاماً، وأن تطبقه الإدارة بصفة دائمة، وبصورة منتظمة فإذا أغفل هذا الشرط فلا يرتفع العمل الذي جرت على مقتضاه الإدارة» مستوى العرف الملزم للإدارة.

٢ ـ أن لا يكون مخالفا لنص قائم.

وبالتالي لا يصح، أن تنشىء الإدارة عرفاً على خلاف القواعد المقررة في القانون المكتوب، سواء كان ذلك القانون نصاً دستورياً، أم تشريعاً عادياً، أم لائحة. وإذا حدث ونشأ ذلك العرف فإنه يكون باطلاً، ولا ترتفع عنه صفة البطلان مهما طال الزمن، ويندرج تحت ذلك أن العرف الناشىء عن خطأ في فهم القانون لا يمكن التعويل عليه[٧٥].

ويسري نفس الحكم على الأعراف الدستورية، سواء، اعتبرت هذه الأعراف تساوي ـ من حيث القيمة القانونية ـ النصوص الدستورية أم القوانين العادية. لأن القواعد التشريعية توجد جميعاً في مرتبة واحدة، لذلك فالقواعد الدستورية هي الأخرى من مرتبة واحدة تقريباً، فيما عدا بعض الحالات الاستثنائية، أما القرارات الإدارية أو

القواعد ذات المصدر الإداري فإنها تأخذ مراتب مختلفة[٧٦]. والتدرج ـ كما هو معلوم ـ مبدأ عام[٧٧]، يقوم على حقائق شكلية وموضوعية. وإن كان تدرج الأعراف الإدارية لا يمكن أن يقوم على أساس موضوعي «خضوع العمل الفردي للعمل العام»، وإنما على درجة العضو الإداري، وعلى الإجراءات المتخذة في إصدار العمل الإداري[٧٨]. لذلك فالأساس المعتمد للتدرج هو المعيار العضوي، ومن ثم فترتيب الأعراف الإدارية يحكمه تدرج السلطات المنشئة لهذه الأعراف «ذلك إن قوة القاعدة القانونية لا تحكمه الطبيعة الذاتية لهذه القاعدة، بل تعتمد على مكانة السلطة التي أصدرتها[٧٩]. فالقاعدة العرفية تحتل في سلم القواعد القانونية المرتبة التي تحتلها السلطة التي جرت عليها، وعليه فالقاعدة العرفية تلغى بقاعدة عرفية مخالفة لها وتماثلها في المرتبة أو تعلو عليها. كما أنها قد تلغى بنص مكتوب صادر من السلطة صانعة العرف أو صادرة من باب أولى من سلطة إدارية أعلى منها أو عن السلطة التشريعية، ولكن القاعدة العرفية لا تستطيع الخروج على قاعدة عرفية أو مكتوبة تصدر من السلطة الأعلى[٨٠].

الخاتمـــة :

نلخص مما سبق إلى أن العرف يعتبر مصدراً من مصادر القانون سواء العام أو الخاص وله دور كذلك في الشرائع القديمة وفي الشريعة الإسلامية إلا إذا تعارض مع نص قطعي . وبرز هذا الدور في نطاق قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات باعتبار أن هذا القانون استقص أغلب أحكامه من الفقه الإسلامي كما أنه ينظم علاقات اجتماعية غلبت عليها القواعد العرفية فترة من الزمان بل ساد فيها لغياب القواعد التشريعية المنظمة .

كما أنه لا يقل أهمية في نطاق عمل الإدارة عن دوره في المجالات الأخرى على أساس أن الإدارة تلتزم بالقانون بمعناه العام فإذا تخلف عن الاستجابة إلى متطلباتها وانتهجت سبيلاً معيناً واتخذت منه قاعدة عامة تسير عليها بانتظام وكانت نيتها في ذلك واضحة دون لبس أو غموض واعتادة على هذه القاعدة دون أن تصطدم بأي قاعدة تشريعية وجب عليها احترامها . لكن هذا لا يحول بين الإدارة وبين العدول عن هذه القاعدة لأن عمل الإدارة متطور تطورا احتياجات الأفراد ولكن لا يجوز لها أن تعدل عن عمل وتعود إليه ثانية ، فإذا طبقت قاعدة معينة واضطردت على تطبيقها وجب عليها الالتزام بها إلى أن تتجه إرادتها ـ استجابة لمتطلبات عملها ـ أن تعدل عنها ، فتصدر قاعدة تشريعية ـ إذ لعوامل البيئة وطبيعة الوظيفة ومسؤولياتها شأن كبير في توجيه السلطة الإدارية الوجهة التي تراها محققة للمصلحة العامة ، ومتفقة مع حسن انتظام المرفق العام ، وليس فيما تترخص فيه الجهة الإدارية إخلال بالتدرج التشريعي ، لأن تقدير هذا الاستحسان أو تلك الملائمة وما إلى ذلك من الوجوه والاعتبارات الباعثة على ترخص الإدارة في هذه الملائمة واتجاهها إلى وضع قواعد منتظمة وعامة تسير عليها إلى أن تصدر أداة تشريعية هو من الأمور الداخلة في سلطتها التقديرية .

تم بحمد الله

الهوامش

(١) الدكتور عثمان خليل عثمان ـ القانون الإداري ـ الطبعة الثانية ـ ١٩٥٠ ص ١٢.

(٢) الدكتور عثمان خليل ـ المرجع السابق ـ ص ٣٥.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ـ السنة السابعة ـ العدد الثاني ـ ص ٣٥٥.

(٤) Relland: Précis de droit administratif, 1947 p. 45. jéze (G): Les principes généraux de droit administratif. 1925.

Duguit: Traité de droit constitutionnel, tome III, 3e ed, 1928.

Bonnard: Précis de droit administratif, 1926. يرى أنصار المعيار الموضوعي لتمييز القرارات الإدارية عن الأعمال التشريعية والقضائية، أنه يجب الوقوف على طبيعة العمل وأن نتناوله في ذاته، ونفحص فحواه. أنظر في شرح هذا المعيار الدكتور سليمان الطماوي ـ النظرية العامة للقرارات الإدارية ـ الطبعة الرابعة ـ ص ١٧٩ وما بعدها.

(٥) قواعد النظام العام هي القواعد الآمرة التي يستهدف المشرع بها تحقيق مصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتصل بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد. (حكم المحكمة الاتحادية العليا ـ الطعن رقم (٨٠) للسنة السادسة القضائية ـ مدني ـ الصادر بتاريخ ١٩٨٥/١٢/٤ ـ مجلة العدالة ـ العدد ٤٨ ـ السنة الثالثة عشرة شوال ١٤٠٦هـ ـ يوليو ١٩٨٦ ـ ص ٧٧.

يقصد بالآداب العامة، السمات العامة لأخلاق وآداب الإسلام باعتباره الدين الذي يعتنقه مجتمع هذه الدولة. وبالتالي فإن الفعل الذي يعتبر خروجها عليه، يتبع وينيط إلى كل فعل أو قول ينطوي على الخروج على خلق وآداب الإسلام أو ما قد يكون مستهجناً في هذا الدين مؤذياً لمشاعر أفراد المجتمع الإسلامي [حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة (١٤) دستورية الصادر بتاريخ ٢٠ شعبان ١٤٠٧هـ الموافق ١٩٨٧/٤/١م].

(٦) مجموعة المجلس ـ السنة السابعة ـ ص ١٨٥.

(٧) الدكتور عبد الفتاح ساير داير: نظرية أعمال السيادة ـ ١٩٥٥ ـ ص ٩٤ وما بعدها.

(٨) مجلس الدولة الفرنسي ـ الحكم الصادر بتاريخ ١٩ أكتوبر ١٩٦٢ في قضية Brocas منشور في مجلة Actualite juridique Droit Administatif. نوفمبر ١٩٦٢.

(٩) محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥١/٦/٢٦ مجموعة الأحكام القضاء الإداري السنة الخامسة ـ ص ١٠٩٩.

(١٠) قضت محكمة القضاء الإداري بأن تحديد طبيعة العمل، وما إذا كان يعتبر عملاً حكومياً أو إدارياً يخضع للظروف التي يصدر فيها «فما يعتبر عملاً إدارياً قد يرقى في ظروف وملابسات سياسية في دولة ما إلى مرتبة أعمال السيادة، كما أن ما يعتبر عملا من أعمال السيادة قد يهبط في ظروف اخرى!! مستوى الأعمال الادارية أخرى إلى مستوى الأعمال الإدارية (مجموعة أحكام المحكمة السنة العاشر ص ١٥٧ الحكم رقم ١٧٩ الصادر بتاريخ ١٩ يناير ١٩٥٦).

(١١) محكمة القضاء الإداري ـ الحكم الصادر في ٣١ مايو ١٩٥٣ ـ مجموعة أحكام المحكمة ـ السنة السابعة ـ ص ١٣٧٨.

(١٢) مجموعة أحكام المحكمة - السنة العاشرة - ص ١٥٨.

(١٣) الدكتور سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ١٤٢.

الدكتور محمد فؤاد مهنا - المرجع السابق - ص ٦٥٧.

(١٤) تعتبر أكمل وأنظم شريعة في تاريخ الحضارات القديمة، حوالي نيف وألفي سنة قبل الميلاد (راجع أصول القانون للأستاذ البزار - ص ٥٤.

أصول القانون للأستاذين السنهوري وأبو ستيت - ص ٦٠.

أصول القانون للأستاذين كامل مرسي وسيد مصطفى - ص ٥٤.

(١٥) يرجع تاريخه بحسب ارجح الآراء - رأي دبلو بجشان - إلى القرن الثالث عشر قبل الميلاد - الدكتور علي بدوي التاريخ العام للقانون، ج ١ ص ٤٣.

(١٦) الدكتور صوفي أبو طالب - مبادىء تاريخ القانون ١٩٦٧ - دار النهضة العربية - ص ٧٧.

(١٧) اكتشفت آثار مدون عليها هذا القانون باللغة الأكدية في «تل حرمل» - راجع مجلة سومر - بغداد - المجلد ٤ ج ١ القسم الإنجليزي.

(١٨) عثرت عليه بعثة التنقيب في - نفر - وهو يشبه قانون حمورابي من حيث الشكل، والرأي الراجع عند الأستاذ البزاز أنه أحدث من قانون باللاما، وأقدم من شريعة حمورابي. انظر أصول القانون للمؤلف ص ٥٢.

(١٩) انظر في ذلك المراجع المختلفة على سبيل المثال.

V.A. Ristote, Const. d'Ath. X. 12.

V.A. Ristote; Const. d'Ath. VII, 4.

Cloché (P.): La démocratie Athénienne. Paris, 1951, P. 4.

(١٠) الأستاذ مصطفى الزرقا - المدخل الفقهي العام في الحقوق المدنية - دمشق - طبعة جامعة دمشق - ج ٢ ص ٨٣٤ وما بعدها.

(٢١) الشيخ عمر عبد الله - العرف في الفقه الإسلامي - مجلة الحقوق - ص ٣.

(٢٢) Lebore "Maurice": La Coutume comme source de droit Francais Contemporaine. Thése, Lille, 1906, P. 1.

(٢٣) مجموعةالأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الحالي - ج ١ الباب التمهيدي - وزارة العدل - ص ١٨٧.

(٢٤) الدكتور حامد سلطان - القانون الدولي العام في وقت السلم - ط ٤ - القاهرة - دار النهضة العربية - ص ٤٥.

(٢٥) الدكتور محمد كامل ليلة - القانون الدستوري - القاهرة - دار الفكر العربي - ص ٩٧١.

(٢٦) الدكتور محمد كامل ليلة - مبادىء القانون الإداري - الكتاب الأول - ط ١ دار النهضة العربية - ص ٩٦٨، ص ٤٢٤.

(٢٧) الدكتور خالد عريم - القانون الإداري الليبي - بيروت - ج ١ - ص ٩٦٩.

(٢٨) الدكتور محمد فؤاد مهنا - مبادىء وأحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية - الإسكندرية - ص ٦١.

(٢٩) الدكتور عبد الحميد كمال حشيش - مبادىء القضاء الإداري - مجلد أول ١٩٧٥ دار

النهضة العربية ص ٨٥.

(٣٠) الدكتور بكر القباني، العرف الإداري كمصدر للقانون الإداري - دار النهضة العربية - ص ٩.

De Delmas: La pratique administrative comme source de drojt, thése, Toulouse, 1932 P. 5 ets.

Lefebvre: La coutume comme source de droit Francais contemporaine, Thése, Lille, 1905, P. 16 ets.

(٣١) الدكتور بكر القباني - المرجع السابق - ص ١٠.

(٣٢) الدكتور سمير تناغو - النظرية العام للقانون - الاسكندرية - ص ٢٣٥.

(٣٣) الدكتور حامد سلطان - القانون الدولي في وقت السلم - القاهرة - ١٩٦٦ص ٤٧.

(٣٤) الدكتور ثروت بدوي - النظام الدستوري العربي - المرجع السابق - ص ٨٥.

(٣٥) الإمام أبو حامد محمد الغزالي - المستصفي - المطبعة الأميرية بالقاهرة - ط ١ - ص ٤٨٣.

(٣٦) الوجيز في القانون الإداري - السلطة الإدارية - ١٩٦٠ - ص ٥٦.

(٣٧) مبادىء القانون الإداري - ج ١ ط ١٩٥٤ - ٩٥٥.

(٣٨) الدكتور حمدي عبد الرحمن - الوجيز في المدخل لدراسة القانون - القاهرة - دار النهضة العربية - ١٩٧٠ - ص ٦٣.

(٣٩) القانون رقم ١٥ لسنة ١٩١١ الخاص بالنظام القضائي لشبه جزيرة سيناء وقانون تشكيل محاكم الإخطاط الصادر عام ١٩١٣.

(٤٠) الدكتور بكر القباني - العرف كمصدر للقانون الإداري - المرجع السابق ص ٢٦.

(٤١) الدكتور برهان خليل زريق - النظرية العامة للعرف الإداري - رسالة دكتوراه - حقوق عين شمس - ١٩٨٤ - ص ٤٠.

الدكتور عبد المنعم البدراوي - المدخل للعلوم القانونية - ص ٣٢١.

(٤٢) الدكتور عبد الفتاح حسن - مبادىء القانون الإداري الكويتي - المرجع السابق - ص ٢٨.

(٤٣) الدكتور بكر القباني - المرجع السابق - ص ٢٧.

(٤٤) الدكتور بكر القباني - المرجع السابق - ص ٢٨.

الدكتور عبد الوهاب البرزنجي - السلطة التقديرية للإدارة - القاهرة - دار النهضة العربية - ص ٢١٦.

الدكتور محمد كامل ليلة - القانون الدستوري - القاهرة - دار الفكر العربي - ص ٩٧١.

(٤٥) الدكتور محمود جمال الدين زكي - دروس في مقدمة الدراسات القانونية - القاهرة - ١٩٦٥ - ج ٢ - الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية - ص ١١٧.

الدكتور سليمان مرقص - المدخل للعلوم القانونية - ص ٢٩٤.

الدكتور عبد الناصر العطار - مدخل لدراسة القانون - مطبعة المعارف ص ٢١٢.

(٤٦) الدكتور سليمان الطماوي - الوجيز في القضاء الإداري - ص ٤٠.

(٤٧) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي - القضاء الإداري - ط ٤ - ص ٣٦٥.

(٤٨) انظر مجموعة أحكام القضاء الإداري - السنة التاسعة الدعوى رقم ١٤٧. وكذلك نفس المجموعة - السنة الخامسة - الدعوى رقم ١٦٤.

(٤٩) القضاء الإداري - ط ٤ - ص ٣٦٦.

(٥٠) الدكتور سمير تناغو - النظرية العامة للقانون - ص ٤٦٧.

(٥١) مجموعة المحكمة السنة الحادية عشرة - القاعدة رقم ٣١٦ - ص ٤٩٦.

(٥٢) الدكتور رمزي طه الشاعر - النظم السياسية والقانون الدستوري - ص ٧٦.

(٥٣) Valette (Léone): Du role de la coutume dans l'elaboration du droit privé positif actuel. Thése, Lyon, 1907 P. 81.

(٥٤) مجموعة المحكمة - السنة الحادية عشر - القاعدة رقم ٣١٦ جلسة ٢٢ يوليو ١٩٥٧ - ص ٤٥٦.

(٥٥) مجموعة أحكام القضاء الإداري - السنة الرابعة - القاعدة رقم ١٢٣ - نص ٦٩٧.

(٥٦) مجموعة المحكمة العليا السنة السابعة - القاعدة رقم ٤٢.

(٥٧) Stassinapaulos "Michel": Traité des actes administratifs. Sirey. Paris, 1954 P. 6.

(٥٨) الدكتور محمد حامد الجمل - المرجع السابق - ط ٢ ص ١٤٢٠.

الدكتور بكر القباني - المرجع السابق - ص ٢٠.

(٥٩) الدكتور بكر القباني - المرجع السابق - ص ٢٨.

(٦٠) الدكتور برهان خليل رزيق - المرجع السابق - ص ٥١.

(٦١) الدكتور محمد كامل ليلة - مبادىء القانون الإداري - ص ٤٢٧.

الدكتور بكر القباني - العرف كمصدر للقانون الإداري - ص ٢٨.

(٦٢) الدكتور سليمان الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - القاهرة - ص ٩٨.

(٦٣) Raylade: La coutume en droit public interne Thése Bordeaux, 1912, P. 34 ets.

(٦٤) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١٤ يناير ١٩٤٩ في قضية

Federation Nationale des syndicats d, Ingenieurs des ilines.

المنشور في مجلة القانون العام - ١٩٤٩ - ص ٢٢٤.

(٦٥) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - مجموعة أحكام المحكمة - السنة السابعة - القاعدة رقم ٧٩٨.

(٦٦) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ ١٩٦٤/٦/١٤ في القضية رقم ٣٢٧ - السنة السابعة القضائية - مجموعة أبو شادي - المبدأ ٦٩٤ ص ٧٣٢ ج ١.

(٦٧) الدكتور بكر القباني - العرف الإداري كمصدر للقانون الإداري - ص ٤١.

(٦٨) الدكتور محسن خليل - القضاء الإداري اللبناني ورقابته لأعمال الإدارة - دار النهضة العربية ١٩٧٨ - ص ١٠.

(٦٩) الدكتور عبد الحميد كمال حشيش - مبادىء القانون الإداري - ص ١٨.

الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي - القضاء الإداري - ج ٤ ص ٢٠٥.

(٧٠) الدكتور عبد الحميد كمال حشيش - المرجع السابق - ص ٣٢.

(٧١) الدكتور عصام البرزنجي - السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية - المرجع السابق - ص ١٤٠.

(٧٢) ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٥/٥/٨ إلى أن «العرف وإن جاز أن يعدل أو يغير من القواعد القانونية المفسرة أو المكملة لإرادة الطرفين، فإنه لا يجوز أن يخالف نصاً آمراً. والنصوص الإدارية جميعها قواعد آمرة لا يستساغ أن ينشأ عرف على خلافها. والقول بغير ذلك يجعل اطراد الإهمال في مجال الوظيفة العامة عرفاً يحول دون معاقبة من

ارتكبوه» مجموعة أبو شادي في عشر سنوات ١٩٥٥ - ١٩٦٥ ج ١ بند ٢٤٨ - ص ٣٦٤.

(٧٣) أنظر حكم المحكمة الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٢/٢ في القضية رقم ٦١ لسنة ٣ق مجموعة المحكمة الإداري العليا - السنة الثالثة - ص ١٦٩١.

(٧٤) محمد حامد الجمل - الموظف العام - ط ٢ المرجع السابق ص ١٤٢٢.

(٧٥) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا - السنة السابعة - حكم رقم ٤٣ ص ٣٥٥ وحكم محكمة القضاء الإداري - السنة الثانية القضية رقم ٢٦٨.

(٧٦) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - المنوه عنه بعاليه - المرجع السابق ص ٣٥٥.

(٧٧) الدكتور ثروت بدوي - تدرج القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية - دار النهضة العربية ص ٢٥.

الدكتور ثروت بدوي - المرجع السابق - ص ٩٩.

(٧٨) الدكتور عبد الحميد كمال حشيش - مبادىء القضاء الإداري - المرجع السابق ص ٧٣.

(٧٩) الدكتور ثروت بدوي - المرجع السابق - ص ١٠١.

(٨٠) الدكتور عبد الفتاح حسن - مبادىء القانون الإداري الكويتي - المرجع السابق - ص ٢٧.

الدكتور عبد الله طلبة - الرقابة على أعمال الإدارة - دمشق صحيفتي ٣١، ٣٢ فالين - الوجيز في القانون الإداري - الطبعة الرابعة - دالوز - باريس ١٩٦٨ - ص ١٦.



تصـدي محكمة النقض
للفصل في موضوع الدعوى المدنية
دراسة مقارنة

« بقلم »

الدكتور / أحمد محمد مليجي

أستاذ قانون المرافعات المساعد

بكلية الشريعة والقانون ـ جامعة الإمارات العربية المتحدة

★ معار من كلية الحقوق جامعة اسيوط، وله عديد من المؤلفات والبحوث في قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون التنفيذ.



مقـــدمـة

إذا تأمل المرء وظيفة محكمة النقض في مصر أو في فرنسا أو في دولة الإمارات العربية المتحدة، فإنه يجدها وظيفة قانونية محضة، فهي محكمة قانون لا واقع، أي أن دورها يقتصر على الفصل في قانونيةَ الأحكام المطعون فيها أمامها دون الفصل في المنازعات التي صدرت بمناسبتها هذه الأحكام[١]، وبعبارة أخرى فإن محكمة النقض تفصل في الحكم وليس في الخصومة[٢]، وهي لا تفصل في موضوع الدعوى لأنها لا تعتبر درجة ثالثة من درجات التقاضي، فالقاعدة السائدة في هذه الدول هي قاعدة التقاضي على درجتين La régle de double degré de juridiction ولكن وظيفة محكمة النقض في بعض الدول الأخرى قد تتجاوز ذلك، ولا يقتصر دور هذه المحكمة على مجرد مخاصمة الحكم النهائي المطعون فيه أمامها، بل تفصل في خصومة الطعن من حيث الواقع والقانون شأنها في ذلك شأن قاضي الموضوع.

إذ رغم وجود محكمة عليا واحدة على قمة التنظيم القضائي العادي في أغلب بلاد العالم، إلا أن تسمية هذه المحكمة قد يختلف من دولة إلى أخرى، كما أن نظام ونطاق وكيفية عملها يختلف من بلد لآخر[٣]، ويصعب وجود محكمتي نقض متماثلتين، حتى في التنظيم المادي البحت مثل عدد المستشارين بالمحكمة[٤]، فمن حيث التسمية، تسمى في فرنسا ومصر وإيطاليا وبلجيكا بمحكمة النقض La cour de cassation وتسمى في يوغسلافيا وألمانيا الاتحادية وسويسرا بالمحكمة الفيدرالية La Tribunal Fédéral، وفي انجلترا تسمى بمجلس اللوردات La chambre des Lords، وفي كندا واليابان والسويد والنرويج والاتحاد السوفيتي والولايات المتحدة الأمريكية تسمى بالمحكمة العليا la Cour Supréme، وفي العراق والكويت تسمى بمحكمة التمييز، وفي دولة الامارات العربية المتحدة تسمى بالمحكمة الاتحادية العليا[٥].

ومن حيث وظيفة محكمة النقض، فإنه يمكن رد الأنظمة القضائية بشأن الوضع القانوني لمحكمة النقض إلى نظامين أساسيين[٦]، النظام الأول بمقتضاه لا تعتبر محكمة النقض درجة ثالثة من درجات التقاضي وينحصر اختصاصها في مراقبة مدى مطابقة الحكم المطعون فيه للقانون دون بحث في مسائل الواقع التي تعتبر من اطلاقات قاضي

الموضوع، ومن أمثلة الدول التي تأخذ بهذا النظام فرنسا[٧]، ومصر[٨]، وبلجيكا[٩] ، والإمارات العربية المتحدة[١٠].

والنظام الثاني وفقاً له تعتبر هذه المحكمة درجة أخيرة من درجات التقاضي، وهي تفصل في الواقع والقانون معاً، ومن أمثلة الدول التي تأخذ بهذا النظام انجلترا[١١] وكندا[١٢]، والولايات المتحدة الأمريكية[١٣]، كما أنه في لبنان[١٤]، وفي الكويت[١٥] أوجب المشرع على محكمة النقض في هاتين الدولتين القضاء في الموضوع إذا ما حكمت بقبول الطعن، وكأنها درجة ثالثة من درجات التقاضي.

وسوف يقتصر حديثنا في هذه الدراسة على محكمة النقض في مصر وفرنسا ودولة الإمارات العربية المتحدة، ورغم أن الأصل في نظام محكمة النقض في هذه البلاد أنها لا تفصل في موضوع الدعوى كما أسلفنا، وينبغي إذا ما قررت نقض الحكم أن تحيل الدعوى إلى محكمة الموضوع، إلا أن المشرع في مصر وفي الإمارات العربية المتحدة أوجب أن تتصدى محكمة النقض في بعض الحالات للفصل في موضوع الدعوى وتصفيته.

وثمة تساؤلات تثور في هذا الصدد، هل يتلاءم نظام التصدي للموضوع مع وظيفة محكمة النقض في هذه الدول باعتبارها محكمة قانون؟، أم أن حالات التصدي للموضوع تمثل خروجاً على وظيفة محكمة النقض، ومن ثم لا يتلاءم هذا النظام مع وظيفتها؟، وما هي فائدة هذا النظام؟، وهل ينبغي إبقائه والمحافظة عليه في مصر وفي دولة الإمارات العربية المتحدة أم ينبغي عدم الأخذ به وتحريمه كما فعل المشرع الفرنسي؟، وهل هناك ثغرات في تنظيم المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة لتصدي المحكمة الاتحادية العليا لموضوع الدعوى؟.

وللإجابة على هذه التساؤلات، فقد رأينا ضرورة دراسة هذا النظام تفصيلاً، وسوف نتناول في هذه الدراسة توضيح موقف التشريعات من نظام تصدي محكمة النقض للفصل في موضوع الدعوى سواء في فرنسا أو في مصر أو في دولة الإمارات العربية المتحدة، وذلك في المواد المدنية والتجارية، ونوضح أيضاً مفهوم تصدي محكمة النقض للفصل في الموضوع، والهدف من نظام التصدي، كما نفرق بين تصدي محكمة الاستئناف لموضوع الدعوى وتصدي محكمة النقض له، ثم ندرس حالات التصدي وشروطه، ونختم هذه الدراسة بتوضيح كيفية وآثار تصدي محكمة النقض لنظر موضوع الدعوى، وذلك في الفصول التالية:

الفصل الأول

مدى جواز تصدي محكمة النقض للموضوع في القانون الفرنسي والقانون المصري والقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٨ في دولة الإمارات العربية المتحدة

إن المبدأ السائد في القانون الفرنسي هو منع محكمة النقض من التصدي للفصل في موضوع الدعوى[١٦]، وهذا المبدأ معمول به منذ تاريخ إنشاء محكمة النقض الفرنسية بالقانون الصادر في ٢٧ نوفمبر سنة ١٧٩٠ للآن، وقد نصت المادة الثالثة من هذا القانون على منع محكمة النقض من التصدي للحكم في الموضوع في كل الأحوال بقولها :

"Sans aucun prétexte et en aucun cas, le tribunal (de cassation) ne pourra connaître du fonnd de l'affair; aprés avoir cassé les procédures ou le jugement, il renverra le fond des affaires aux tribunaux qui devront en connaîtere",

ووفقاً لهذا النص لا يجوز لمحكمة النقض في أية حالة ولا بأية علة نظر موضوع الدعوى، وعليها بعد أن تقضي بنقض الأحكام أو بطلان الإجراءات أن تحيل موضوعات القضايا إلى المحاكم المختصة لتفصل فيها .

كما نصت المادة ٦٦ من دستور السنة الثامنة من تاريخ الثورة الفرنسية على هذا المبدأ بقولها : "La tribunal de cassation ne connait pas du fond des affairs, mais il casse les jugements". كما نصت المادة السابعة من القانون الصادر في ٢٠ ابريل سنة ١٨١٠ على أن موضوع النزاع يحال دائماً إلى محكمة الاستئناف "La connaissance du fond est toujour renvoyée à une autre Cour d'appel" ويعتبر هذا المبدأ من المبدأ من المبادىء الأساسية في النظام القضائي الفرنسي، وينزل عند الفرنسيين منزلة المبادىء الدستورية[١٧]، وقد نص عليه في كل الدساتير الفرنسية التي صدرت في سنة ١٧٩١ وفي سنة ١٧٩٣ وفي السنة الثالثة، وفي السنة الثامنة من تاريخ الثورة الفرنسية وقد مضت الإشارة إلى نص المادة ٦٦ من هذا الدستور .

ويرى البعض في الفقه[١٨] أنه حدث مساس بهذا المبدأ، وأن ثمة اعتداء على الدور الذي تقوم به محكمة النقض الفرنسية في القانون الصادر في الثالث من يوليو سنة ١٩٦٧ الذي استهدف الإسراع في حسم النزاع أمام محكمة النقض الفرنسية، إذ أجازت المادة ١/١٦ من هذا القانون للجمعية العمومية l'Assemblée pléniere إذا ما نظرت الطعن بالنقض للمرة الثانية، أن تنظر الموضوع، أي أن تنطق محكمة النقض بالحكم في

الموضوع à'se prononcer au fond دون إحالة sans renvoyer ، ورغم ذلك فإنه من الناحية العملية لم تستخدم محكمة النقض الفرنسية هذه الرخصة المخولة لها بمقتضى المادة ١/١٦ من هذا القانون مرة واحدة خلال العشر سنوات التالية لصدور القانون المذكور، ويرجع ذلك إلى تخوف محكمة النقض الفرنسية من القيام بدور ليس لها، لأنها ليست محكمة موضوع، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أنها لا تريد المساس بما لمحكمة الموضوع من ولاية، ومن ناحية ثالثة فإن عدم استعمال محكمة النقض الفرنسية لهذه الرخصة يرجع إلى رغبتها في أن تحفظ القدر الأقصى من الضمانات للخصوم[١٩].

ويلاحظ أن المادة ١/١٦ من قانون ١٩٦٧/٧/٣ اشترطت لاستعمال محكمة النقض الفرنسية لهذه الرخصة، أن يسمح الحكم المطعون فيه بإمكانية نظر الموضوع، بمعنى أن تكون ملاحظة الواقع وتقديره كافياً لكي تفصل محكمة النقض في الموضوع، وعلى أية حال فإن محكمة النقض الفرنسية لم تطبق هذا النص من الناحية العملية للأسباب التي ذكرناها آنفاً.

والواقع أن مبدأ منع محكمة النقض الفرنسية من التصدي للفصل في موضوع الدعوى، يرجع أساساً إلى اعتبارات تاريخية خاصة بالنظام القضائي الفرنسي، فقد خشي الفرنسيون إذا ما تصدت محكمة النقض للفصل في موضوع الدعوى أن تعود المساوىء التي كانت تنشأ في الماضي عن تصدي مجلس الملك للحكم في موضوع الدعاوى، فقد ظهرت فكرة الطعن في الأحكام بطريق النقض في فرنسا منذ القرن الرابع عشر، وكان الملك يتولى نقض الأحكام المخالفة لأوامره من تلقاء نفسه، كما كان للخصوم في الدعاوى تبليغ الملك بهذه المخالفات ليقوم هو بنقض المعوج من الأحكام، وأساس ذلك اعتبار الملك ولي الأمر كله وصاحب ولاية القضاء والحكم كلها، وأنه إذا وزع جزءاً من ولاية القضاء والحكم على من اختارهم من القضاة والحكام ليحكموا باسمه بين الناس، إلا أنه لم يتخل في واقع الأمر عن ولاية القضاء والحكم كلها لهؤلاء، وإنما استبقى لنفسه ما يسيغ له التدخل في أعمال القضاة والولاة، وقد كان للملك أن ينقض الحكم الذي فصل في الدعوى ويقضي هو فيها قضاءاً جديداً[٢٠]. ومن ثم كان الطعن بالنقض وسيلة من وسائل الحكم والسلطان يعاقب بها الملك محاكمه إذا خالفت أوامره أو إرادته أو تصريحاته، وفي سنة ١٧٨٩ وبعد أن أطلقت الثورة الفرنسية الألسنة بالمناداة بسلطة الأمة بأنها مصدر السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، وأن لكل سلطة حدوداً وفواصل، أصدرت الجمعية الوطنية في الثلاثين من أكتوبر من هذا العام مرسوماً رخصت به لمجلس الملك في الفصل في القضايا القائمة أمامه إلى حين وضع النظام القضائي الجديد، على أن يتم الفصل في هذه القضايا وفقاً لما كان العمل جارياً به لديه، إلا ما كان له من حق التصدي للفصل في موضوعات القضايا التي كان له أن ينزعها من يد قضاتها المختصين فقد حرم عليه هذا الحق منذ صدور هذا المرسوم[٢١]،

وفي نوفمبر سنة ١٧٩٠ أصدرت الجمعية التأسيسية قانونها المنشىء لمجلس النقض الجديد، وحرمت نصوص هذا القانون على مجلس النقض النظر في موضوعات الدعاوي متى قضى بنقض الأحكام الصادرة فيها، أو ببطلان بعض إجراءاتها التي خولت القانون فيها، وأوجبت عليه إحالة هذه الدعاوي إلى محكمة أخرى للحكم في موضوعاتها من جديد، وهكذا ظهر مبدأ منع تصدي محكمة النقض الفرنسية للفصل في موضوع الدعوى نتيجة لظروف تاريخية، واستمر العمل به للآن.

مما تقدم يتضح لنا موقف القانون الفرنسي من نظام تصدي محكمة النقض للفصل في الموضوع ، فالمبدأ السائد في هذا القانون هو حظر تصدي محكمة النقض للموضوع[٢٢]، وهو مبدأ له جذوره التاريخية كما أسلفنا.

أما في مصر فقد أخذ المشرع المصري بنظام تصدي محكمة النقض للفصل في موضوع الدعوى في حالات معينة، منذ إنشاء محكمة النقض والإبرام إلى الآن، ففي المرسوم بقانون رقم ٦٨ سنة ١٩٣١ الصادر في الثاني من مايو سنة ١٩٣١ بإنشاء محكمة النقض والإبرام، نصت الفقرة الرابعة من المادة ٢٩ من هذا القانون على أنه «إذا حكمت المحكمة بنقض الحكم لمخالفته للقانون أو لخطأ في تطبيقه أو في تأويله وكانت الدعوى صالحة للحكم فيها جاز للمحكمة أن تطلب الدعوى وتحكم فيها».

كما نصت المادة ٤٤٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ على أنه لمحكمة النقض إذا حكمت بنقض الحكم المطعون فيه لمخالفته للقانون أو لخطأ في تطبيقه أو في تأويله، وكان الموضوع صالحاً للحكم فيه أن تستبقيه لتحكم فيه.

وفي القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ الخاص بحالات واجراءات الطعن بالنقض في نص المادة ٢٤ منه على أنه « ... اذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه نصت الموضوع صالحاً فيه جاز أن تستبقيه لتحكم فيه.

وإذا كان الطعن للمرة الثانية ورأت المحكمة نقض الحكم المطعون فيه وجب عليها الحكم في الموضوع. ولها عند الاقتضاء تحديد جلسة لنظره والأمر بضم الملف».

وفي قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، نصت المادة ٤/٢٦٩ منه على أنه « ... إذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه أو كان الطعن للمرة الثانية ورأت المحكمة نقض الحكم المطعون فيه وجب عليها أن تحكم في الموضوع».

وهذه النصوص السالفة الذكر، توضح لنا تطور نظام تصدي محكمة النقض للفصل في موضوع الدعوى في القانون المصري، فقد اتخذ المشرع المصري اتجاهاً مغايراً لاتجاه المشرع الفرنسي في هذا الصدد، ولم يكتفي المشرع المصري بإجازة هذا النظام الذي حرمه القانون الفرنسي، بل أنه في القانون الحالي جعل التصدي وجوبياً على محكمة النقض في حالة صلاحية الموضوع للفصل فيه، وفي حالة كون الطعن للمرة الثانية.

وفي دولة الإمارات العربية المتحدة أخذ المشرع بنظام تصدي محكمة النقض للفصل في موضوع الدعوى، وذلك في القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٨ الخاص بتنظيم حالات وإجراءات الطعن بالنقض أمام المحكمة الاتحادية العليا، والذي استحدث لأول مرة طريق الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من المحاكم الاتحادية، وأضاف هذا الاختصاص الجديد إلى اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا، وتنص المادة ١٦ من هذا القانون على أنه «إذا قبلت المحكمة الطعن وكان الموضوع صالحاً للحكم فيه أو كان الطعن للمرة الثانية فإنها تتصدى للفصل فيه ولها إجراء الاستيفاءات اللازمة، أما في غير هذه الأحوال فتقضي المحكمة بنقض الحكم كله أو بعضه وتحيل الدعوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه لتقضي فيه من جديد. وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بحكم المحكمة الاتحادية العليا في النقاط التي فصل فيها».

الفصل الثاني

مفهوم التصدي وهدفه والتفرقة بين تصدي محكمة الاستئناف للموضوع وتصدي محكمة النقض له

ثمة أهداف معينة ابتغاها المشرع في مصر وفي دولة الإمارات العربية المتحدة من وراء إباحة تصدي محكمة النقض لنظر موضوع الدعوى، وتتمثل هذه الأهداف في التيسير على المتقاضين، والاقتصاد في الوقت والإجراءات والنفقات بسرعة البت في الموضوع وحسمه[٢٣]، فإذا ما نقضت محكمة النقض الحكم المطعون فيه أمامها، فقد رأى المشرع أنه من الأفضل عدم إحالة الدعوى في بعض الحالات إلى محكمة الموضوع لتفصل فيها من جديد، حتى لا يطول أمد النزاع، وتتكرر الإجراءات، ويضيع وقت المتقاضين والقضاة، فأوجب على محكمة النقض في هذه الحالات أن تصفي الموضوع، وتحسم النزاع محل الحكم المطعون فيه أمامها، بأن تحل محل محكمة الإحالة، ولا شك أن في ذلك إشباع لمتطلبات العدالة وتيسير على ذوي الشأن.

ومما هو جدير بالملاحظة أن نفس هذه الأهداف، هي التي دفعت المشرع بصفة أساسية في بعض الدول إلى منح محكمة الاستئناف الحق في التصدي Le droit d'evocation ، وكثيراً ما يحدث الخلط بين تصدي محكمة الاستئناف للموضوع وتصدي محكمة النقض للنظر فيه، وسوف نحاول في هذا الفصل إزالة هذا اللبس وتمييز معنى تصدي كل محكمة من المحكمتين لموضوع النزاع، فندرس في مبحث أول تصدي محكمة الاستئناف للفصل في موضوع الدعوى، ونوضح في مبحث ثان مفهوم تصدي محكمة النقض للنظر في الموضوع وطبيعته.

المبحث الأول

تصدي محكمة الاستئناف للفصل في موضوع الدعوى

يترتب على الاستئناف أثر هام هو نقل النزاع إلى محكمة الدرجة الثانية، وهو ما يعرف بالأثر الناقل للاستئناف L'effeet dévolutif d'appel ، وهذا النقل يكون في حدود ما تم الطعن فيه بالاستئناف أمام المحكمة الاستئنافية، فالاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط، أي

أنه لا ينقل إلى محكمة ثاني درجة إلا ما فصل فيه من محكمة أول درجة Tantum devolutum quantum judicatum ، كما أنه لا ينقل إلى محكمة الدرجة الثانية إلا ما حدث طعن بالنسبة له من الحكم الصادر من محكمة أول درجة

Tantum devolutum quantum appellatum ، وطبقاً للأثر الناقل للاستئناف فإن محكمة الاستئناف تملك الحكم في الموضوع الذي كان معروضاً على محكمة أول درجة في حدود ما رفع عنه الاستئناف.

بيد أن محكمة الاستئناف قد تضرب بهذا الأثر الناقل المحدود للاستئناف عرض الحائط، وتمد يدها إلى كل النزاع إذا ما طعن أمامها في حكم فرعي لم ينهي النزاع بأكمله، فهي تتصدى للفصل في موضوع الدعوى ككل ولو لم تكن محكمة الدرجة الأولى قد فصلت فيه بعد، ويمثل الحق في التصدي الممنوح للمحكمة الاستئنافية مخالفة صريحة لمبدأ التقاضي على درجتين، ولذلك حرمه المشرع المصري، ولكن أجازه المشرع الفرنسي لاعتبارات عملية معينة، وسوف نوضح ذلك فيما يلي:

المطلب الأول

عدم جواز تصدي محكمة الاستئناف للفصل في موضوع الدعوى في القانون المصري

كان قانون المرافعات الأهلي الصادر في ١٣ نوفمبر ١٨٨٣ يجيز لمحكمة الاستئناف، وهي تنظر استئنافاً عن حكم فرعي صدر قبل صدور الحكم المنهي للخصومة كلها أن تتصدى لموضوع الدعوى وأن تفصل فيه ولو لم تكن محكمة الدرجة الأولى قد فصلت فيه بعد مادام الموضوع صالحاً للفصل فيه (المادتان ٣٧٠ و٣٧١ من قانون المرافعات الأهلي).

وتطبيقاً لنظام التصدي الذي أجازه المشرع المصري في هذا القانون، إذا تم الطعن بالاستئناف في حكم تمهيدي أو حكم في دفع بعدم الاختصاص أو حكم في دفع بالإحالة، فإنه يجوز لمحكمة الاستئناف ألا تقتصر على نظر المسألة الفرعية التي صدر فيها الحكم الفرعي، إنما تتعدها وتفصل في موضوع الدعوى الذي لم تفصل فيه محكمة الدرجة الأولى، بشرط أن يكون هذا الموضوع صالحاً للحكم فيه.

وقد ألغى المشرع المصري نظام التصدي في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩، إذ أغفل النص في هذا القانون على ما يقابل نص المادتين ٣٧٠ و٣٧١ من قانون المرافعات الأهلي الملغي، كما منع الطعن بالاستئناف في كثير من الأحكام الفرعية التي تصدر قبل الفصل في الموضوع ومنها أغلب حالات التصدي، وسلك المشرع المصري نفس المسلك في قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالي رقم ١٣ لسنة

١٩٦٨، ولم يأخذ بنظام التصدي أيضاً، وعلة ذلك تكمن في أن نظام التصدي يمثل انتهاكاً لمبدأ التقاضي على درجتين.

ونتيجة لتجاهل المشرع المصري لنظام التصدي وعدم الأخذ به، فإنه لا يجوز للمحكمة الاستئنافية أن تتصدى لغير ما يطرحه عليها الاستئناف في حدود ما رفع عنه فقط، فلا يجوز لها بعد إلغائها حكماً بعدم الاختصاص أن تتصدى للفصل في الموضوع[٢٤]، ولا يغير من ذلك أن يكون التصدي قد حصل بناء على طلب الخصم أو اتفاق الطرفين، لأن التصدي لما لم تفصل فيه محكمة أول درجة إخلال بمبدأ التقاضي على درجتين وهو مبدأ أساسي من مبادىء التنظيم القضائي[٢٥].

وينبغي ملاحظة أن تحريم التصدي في القانون المصري[٢٦]، لا يعني تحريم فصل المحكمة الاستئنافية في الدعوى، إذ لا يعتبر تصدياً أن تفصل محكمة الاستئناف في الدعوى بعد أن تكون محكمة الدرجة الأولى قد استنفذت ولايتها بالحكم في موضوع الدعوى، ولذلك إذا فصلت المحكمة الابتدائية في موضوع الدعوى بحكم استأنفه المحكوم عليه، ورأت محكمة الاستئناف أن الحكم المستأنف باطل فإن عليها بعد تقرير بطلان الحكم الابتدائي أن تمضي في الفصل في موضوع الدعوى بحكم جديد تراعي فيه أن تتفادى ما شاب الحكم الابتدائي من عيب، وإلا كان حكمها مخالفاً للقانون إذا اقتصر على مجرد تقرير بطلان الحكم الابتدائي[٢٧]، طالما أنها قد قضت ببطلان حكم محكمة أول درجة لعيب فيه أو لبطلان الإجراءات السابقة عليه دون أن يصل البطلان إلى صحيفة افتتاح الدعوى[٢٨]، أما إذا امتد البطلان إلى صحيفة افتتاح الدعوى فإن هذا البطلان يؤدي إلى زوال الخصومة ومن ثم لا يكون هناك محل لإعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة، وإنما يتعين أن تقف محكمة ثاني درجة عند حد تقرير البطلان[٢٩].

كما أنه لا يتصور أن امتناع التصدي يعني عدم تعرض محكمة الاستئناف للموضوع في جميع الأحوال التي يستأنف أمامها حكم فرعي ينهي الخصومة أمام محكمة أول درجة وإن لم يتعرض للموضوع، وإنما يجب التفرقة بين حالتين[٣٠]، الأولى حالة صدور حكم من محكمة أول درجة يتعلق بالإجراءات وفي هذه الحالة لا تكون محكمة أول درجة قد استنفذت ولايتها في نظر الموضوع، ومن ثم إذا ألغت محكمة ثاني درجة هذا الحكم وجب عليها إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل في الموضوع ولا يجوز لها أن تتصدى للفصل في الموضوع، لأنها لا يجوز لها أن تفصل فيما لم تفصل فيه محكمة أول درجة، فإن هي فعلت وقع حكمها باطلاً[٣١]، ومن أمثلة الأحكام التي تتعلق بسير الاجراءات الحكم بعدم الاختصاص[٣٢]، والحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن أو بشطب الخصومة، وغير ذلك من الأحكام التي قد تتعلق بالإجراءات.

والحالة الثانية هي حالة صدور حكم من محكمة أول درجة يتعلق بالموضوع، وفي هذه الحالة تكون محكمة أول درجة قد استنفذت ولايتها في نظر الموضوع، ويتعين على

محكمة الاستئناف إذا ما ألغت حكم محكمة أول درجة أن تتصدى لنظر الموضوع دون أن تعيد الدعوى إليها، ومثال ذلك الحكم الصادر من محكمة أول درجة في الدفع بعدم جواز الأخذ بالشفعة أو سقوط الحق فيها[٣٣]، وغير ذلك من الأمثلة التي يصعب حصرها.

ويلاحظ أنه وفقاً للاتجاه الراجح في الفقه[٣٤]، فإن الحكم الصادر من محكمة أول درجة بعدم قبول الدعوى لا يؤدي إلى استنفاذ ولايتها بالنسبة لموضوع الدعوى، ولذلك إذا ألغى هذا الحكم من المحكمة الاستئنافية، فإنها تقف عند حد الإلغاء ولا تفصل في موضوع الدعوى، بل تترك ذلك لمحكمة الدرجة الأولى، احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين وهو من المبادىء الأساسية للنظام القضائي.

المطلب الثاني

تصدي محكمة الاستئناف لنظر موضوع الدعوى في القانون الفرنسي

أجاز قانون المرافعات الفرنسي لمحكمة الاستئناف أن تستخدم الحق في التصدي Le droit d'évocation[٣٥]، إذا ما طعن في حكم فرعي أمامها، بأن تنظر في كل النزاع وتحسمه، وتغض البصر عن الأثر الناقل المحدود المترتب على رفع الطعن بالاستئناف في هذا الحكم الفرعي، وهذا بعكس الحال في القانون المصري كما أوضحنا في الفرع السابق، فالاستئناف في ظل قانون المرافعات المصري ليس له إلا أثر ناقل فقط، وليس للمحكمة الاستئنافية الحق في التصدي للفصل في موضوع الدعوى ككل، وإنما تقتصر سلطاتها على الفصل فيما تم نقله إليها من النزاع بواسطة الطعن بالاستئناف.

ويعرف البعض في الفقه الفرنسي[٣٦] الحق في التصدي الذي تمارسه محكمة الاستئناف، بأنه رخصة مخولة لمحاكم الدرجة الثانية التي يرفع إليها طعن بالاستئناف في بعض الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع من محاكم أول درجة، وبمقتضى هذه الرخصة فإن لمحكمة الاستئناف أن تتناول النزاع برمته لتفصل فيه بحكم واحد.

وهذا يعني أن قاضي الاستئناف إذا ما استخدم الرخص المخولة له بالتصدي، فإنه يصدر حكماً واحداً يحسم به الطعن والموضوع معاً، والتصدي ليس واجباً عليه، وإنما التصدي يعتبر بمثابة رخصة Une simple faculté لقاضي ثاني درجة له أن يستعملها أو لا يستعملها، وهذه الرخصة مخولة لجميع محاكم الدرجة الثانية.

ومن الناحية التاريخية فإن الحق في التصدي نشأ في فرنسا بصفة أساسية من أجل توسيع نطاق اختصاصات المحاكم الملكية، عندما كانت تنظر في الطعون المرفوعة إليها في الأحكام الصادرة من محاكم المقاطعات الفرنسية.

أما الآن فإن تصدي المحكمة الاستئنافية للفصل في موضوع النزاع كله رغم أن ما طرح عليها هو جزء منه فقط، يرجع أساساً إلى اعتبارات عملية تتعلق بالاقتصاد في الوقت والنفقات، ومبدأ الاقتصاد في الإجراءات[٣٧]، والسرعة في حسم المنازعات[٣٨]، بل لقد برر البعض في الفقه الفرنسي[٣٩] الحق في التصدي الذي تمارسه المحكمة الاستئنافية على أساس المحافظة على مشاعر قضاة محاكم الدرجة الأولى، فإذا ما ألغت محكمة الاستئناف الحكم الفرعي الصادر من قضاة أول درجة، فإن مشاعر قضاة محكمة أول درجة قد تتأثر حين ينظرون الموضوع، وقد يتعذر أن يفصلوا في النزاع بالحيدة التامة إذا ما أحيل إليهم النزاع مرة ثانية من المحكمة الاستئنافية، وربما يخالفون اتجاه رأي محكمة الاستئناف الذي اتضح من إلغاء الحكم الفرعي.

ولا شك في أن تصدي محكمة الاستئناف للفصل في موضوع الدعوى يخالف صراحة مبدأ التقاضي على درجتين، بيد أن المشرع الفرنسي أجاز هذا التصدي لاعتبارات عملية محضة كما أسلفنا، فقد فضل المشرع الفرنسي حصول المتقاضي على عدالة سريعة، حتى ولو كان في ذلك مساس بقاعدة التقاضي على درجتين.

وقد أصبح نطاق الحق في التصدي الممنوح للمحكمة الاستئنافية في فرنسا الآن واسعاً، ويتضح ذلك من نص المادة ٥٦٨ من قانون المرافعات الفرنسي[٤٠]، الذي أجاز لمحكمة الاستئناف أن تتصدى للفصل في الموضوع بمناسبة الطعن بالاستئناف المرفوع إليها في حكم أول درجة الصادر في مسألة متعلقة بالإجراءات[٤١]، إذا ما رأت أن من حسن العدالة تصفية الموضوع.

كما يتضح ذلك أيضاً من نص النادة ٨٠ ونص المادة ٨٩ من هذا القانون[٤٢]، إذ سمح هذان النصان لمحكمة الاستئناف إذا ما طعن أمامها في الحكم الفرعي الصادر من محكمة أول درجة في مسألة الاختصاص بطريق المعارضة Le contredit [٤٣]، أن تتصدى لنظر موضوع الدعوى إذا رأت أن من مصلحة العدالة حسم النزاع.

كذلك أجازت المادة ٧٩ من قانون المرافعات الفرنسي[٤٤]، لمحكمة الاستئناف إذا ما ألغت حكم محكمة أول درجة المطعون فيه بالاستئناف وكان الإلغاء منصباً على جزء الحكم المتعلق بالاختصاص، أن تتصدى للفصل في الموضوع كله، إذا كان الحكم المطعون فيه قابل للاستئناف في جميع أجزائه، وبشرط أن تكون المحكمة الاستئنافية هي محكمة الدرجة الثانية بالنسبة لمحكمة أول درجة التي تراها مختصة بنظر النزاع.

المبحث الثاني

مفهوم تصدي محكمة النقض للنظر في موضوع الدعوى وطبيعته

اتضح لنا مما تقدم، تصدي محكمة الاستئناف للفصل في موضوع الدعوى، الذي

أجازه قانون المرافعات الفرنسي لها، رغم ما يترتب على هذا التصدي من حرمان الخصوم من مزية التقاضي أمام الدرجتين، وذلك بهدف الاقتصاد في الاجراءات ولتفادي النفقات ومطل المتقاضين ، ولمنع ما عسى أن يقع من محكمة الدرجة الأولى من المضي في الدعوى على غير ما يتفق مع الاتجاه الذي تضمنه حكم المحكمة الاستئنافية، وللمحافظة على مشاعر قضاة محكمة الدرجة الأولى التي قد تتأثر بإلغاء محكمة الاستئناف لحكمهم الصادر في المسألة الفرعية، وربما يصرون على رأيهم المخالف لاتجاه المحكمة الاستئنافية عند نظر الموضوع على نحو يضر بالعدالة.

وكما أسلفنا فإن تصدي محكمة الاستئناف للموضوع يعني تجاوز المحكمة الاستئنافية للأثر الناقل المحدود المترتب على رفع الطعن بالاستئناف أمامها[٤٥]، فإذا ما طعن أمامها في حكم فرعي صادر من محكمة الدرجة الأولى، فإنها لا تقتصر على التعرض لهذا الحكم الفرعي محل الطعن وفقاً للأثر الناقل المحدود للاستئناف، وإنما تتعرض لموضوع الدعوى الأصلي ككل، فهي تتصدى لموضوع الدعوى رغم قيامه أمام محكمة الدرجة الأولى، ومن البديهي أن محكمة الاستئناف لا تعتبر متصدية لموضوع الدعوى إلا إذا كان هذا الموضوع لا يزال قائماً أمام محكمة الدرجة الأولى ولم يفصل فيه بعد، أما إذا كانت محكمة أول درجة قد قضت في هذا الموضوع بحكم يخرج القضية من سلطتها واستؤنف هذا الحكم، فإن الاستئناف يطرح القضية برمتها على محكمة الدرجة الثانية حتماً بما له من أثر نقل النزاع إليها، وفي هذه الحالة يتعين على المحكمة الاستئنافية أن تقضي في موضوع الدعوى عملا بالأصول العامة[٤٦].

والحق أن هذا المفهوم للتصدي لموضوع الدعوى أمام محكمة الاستئناف يتفق مع وظيفتها في النظام القضائي بصفة عامة، باعتبار أنها محكمة موضوع من محاكم الدرجة الثانية، وليست محكمة عليا لها وظيفة قانونية فقط تنحصر في الرقابة على تطبيق القانون وتأويله.

وإذا كان هذا المفهوم للتصدي ملائماً لمحكمة الاستئناف، فإنه غير ملائم للمحكمة العليا أي محكمة النقض، وإنما نظر محكمة النقض لموضوع الدعوى له مفهومه الخاص.

فاصطلاح «موضوع الدعوى» يختلف مدلوله في مجال الاستئناف عنه في مجال النقض، كما أن لاصطلاح «التصدي» مفهوم أمام محكمة الاستئناف يختلف عن مفهومه بالنسبة لمحكمة النقض.

إذ أن موضوع الدعوى الذي تتصدى له محكمة الاستئناف، هو موضوع الدعوى الأصلي القائم أمام محكمة الدرجة الأولى وهو يشمل جميع مسائل الدعوى الواقعية والقانونية، وهو موضوع لم تحسمه محكمة أول درجة ولم تنظر فيه، ومن ثم فإن تصدي محكمة الاستئناف له يمثل إهداراً لمبدأ التقاضي على درجتين، ولكنه على أية حال إهدار تبرره اعتبارات معينة مضت الإشارة إليها.

أما في مجال الطعن بالنقض، فإن تصدي محكمة النقض للنظر في موضوع الدعوى وفقاً للمادة ٢٦٩ من قانون المرافعات المصري الحالي والمادة ١٦ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٨ في دولة الإمارات العربية المتحدة، يقصد به قيام محكمة النقض بالحكم في موضوع الدعوى الذي سبق عرضه وتم الفصل فيه بمعرفة محكمة الموضوع، إذا ما توافرت شروط معينة سوف نوضحها في الفصل القادم، أي أن موضوع الدعوى أمام محكمة النقض سبق الفصل فيه فعلاً بمعرفة محكمة الموضوع، وكان لمحكمة النقض أن تعيده لمحكمة الإحالة لتحكم فيه على مقتضى رأي محكمة النقض في المسألة القانونية التي فصلت فيها، ولكن أوجب المشرع على محكمة النقض أن تستبقيه لتحكم فيه منعاً من إطالة أمد النزاع واقتصاداً في الإجراءات والنفقات، وتفادياً لعبث الإحالة التي لا مبرر لها في بعض الحالات.

وهذا يعني أنه ليس لمحكمة النقض أن تنتزع موضوع دعوى قائمة أمام محكمة الاستئناف لتفصل فيه، بمناسبة طعن بالنقض في حكم صادر في مسألة فرعية، وإذا كان من الجائز لمحكمة الاستئناف أن تنتزع موضوع الدعوى الأصلي من محكمة الدرجة الأولى وتفصل فيه مع استئناف الحكم الفرعي بحكم واحد لأن ذلك يتفق مع وظيفتها باعتبارها محكمة موضوع كما أسلفنا، فإنه من غير الجائز لمحكمة النقض أن تفعل ذلك، إذا ما طعن بالنقض أمامها في حكم صادر من المحكمة الاستئنافية في مسألة فرعية، لأنها ليست محكمة موضوع وإنما هي محكمة قانون، مهمتها التحقق من مطابقة هذا الحكم للقانون، أي أنها تحاكم الحكم ذاته في شقة القانوني، ولا تنتزع موضوع دعوى قائمة أمام محكمة الاستئناف لتفصل فيه بمعرفتها، والفرض أمامها أن موضوع الدعوى قد عرض على درجتين قبل أن يطعن في الحكم الصادر فيه بالنقض، كما أن موضوع الدعوى لا يعرض عليها مرة ثالثة لتنظره، لأن هذا العرض يتناقض مع وظيفتها القانونية البحتة.

إذن اصطلاح «موضوع الدعوى» يختلف في باب الاستئناف عنه في باب النقض، كذلك فإن تصدي محكمة الاستئناف لموضوع الدعوى بالمعنى الذي أوضحناه، يختلف عن تصفية محكمة النقض لموضوع الدعوى في بعض الحالات.

والحق أن ما تقوم به محكمة النقض من تصفية لموضوع الدعوى في بعض الحالات، لا يعتبر تصدياً بالمعنى المفهوم أمام محكمة الاستئناف، لأن دور محكمة النقض في هذه الحالات وفي غيرها ينحصر في مراقبة صحة تطبيق القانون، أما موضوع الدعوى فقد سبق الفصل فيه بالحكم المطعون فيه بالنقض، وهي لا تتعمق في فحص موضوع الدعوى، وإنما تقوم بإعمال المبدأ القانوني الصحيح على ذات وقائع النزاع، أي أنها تطبق رأيها القانوني الذي تعتقد أنه هو الصواب مع الاستغناء عن الإحالة، إعمالاً لمبدأ الاقتصاد في الإجراءات، وادخاراً للوقت والجهد والنفقات.

ولذلك فإن تصدى محكمة النقض لموضوع الدعوى بهذا المفهوم، لا ينال من طبيعة وظيفتها باعتبارها محكمة لتطبيق القانون فحسب، وهي عندما تتصدى للفصل في الموضوع لا تتطرق لوقائع الدعوى، وهي لا تفصل في موضوع لم يطرح عليها أو لم يسبق حسمه، وإنما تقوم بإرساء حكم القانون حسبما ارتأته صواباً على نفس وقائع الدعوى كما أثبتتها محكمة الموضوع(٤٧)، وبعبارة أخرى تطبق محكمة النقض القاعدة القانونية الصحيحة على ذات وقائع النزاع التي استخلصها الحكم المطعون فيه، ولا يعني تصديها للموضوع أنها تعيد النظر في وقائع الدعوى.

صفوة القول إذن أن محكمة الاستئناف عندما تتصدى لموضوع الدعوى، إنما تتصدى لكافة المسائل الواقعية والقانونية المتعلقة بموضوع الدعوى، ذلك الموضوع الذي لم يحسم بمعرفة محكمة أول درجة وانتزعته المحكمة الاستئنافية منها بمناسبة طعن بالاستئناف في مسألة فرعية، بينما تصدي محكمة النقض لموضوع الدعوى يعني تعرضها للمسائل القانونية فقط دون المسائل الواقعية، إذ أن موضوع الدعوى المطروح أمامها سبق حسمه بالحكم المنقوض، وما التصدي إلا إعمال لرأيها القانوني، وبدلاً من أن تقوم محكمة الإحالة بإعمال هذا الرأي القانوني، فقد استحسن الشارع أن تقوم محكمة النقض نفسها بذلك، لاعتبارات عملية أوضحناها آنفاً.

الفصل الثالث

حالات تصدي محكمة النقض للفصل في موضوع الدعوى وشروط التصدي وكيفيته وآثاره

حصر المشرع في مصر وفي دولة الإمارات العربية المتحدة، تصدي محكمة النقض للنظر في موضوع الدعوى إذا ما نقضت الحكم المطعون فيه في حالتين فقط، الأولى هي حالة ما إذا كان الموضوع صالحاً للفصل فيه، والثانية هي حالة ما إذا كان الطعن بالنقض للمرة الثانية، ووفقاً للمادة ٤/٢٦٩ من قانون المرافعات المصري الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، والمادة ١٦ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٨ الخاص بتنظيم حالات وإجراءات الطعن بالنقض أمام المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية المتحدة، فإن التصدي في الحالتين يعتبر واجباً على محكمة النقض، أي أن محكمة النقض تلتزم بالتصدي إذا ما توافرت شروطه ولا تملك الإحالة، وقد استهدف المشرع من وجوب تصديها للموضوع في الحالتين، اقتصاد الإجراءات وتعجيل البت في النزاع[٤٨].

وقد ذهب رأي حديث في الفقه[٤٩] إلى أنه إذا لم تتصدى محكمة النقض في هاتين الحالتين رغم توافر شروط التصدي فإنه يمكن الطعن في حكمها بالالتماس، وإلى أنه إذا تصدت محكمة النقض للموضوع في غير الحالات المنصوص عليها، فلا مانع من الطعن في حكمها بالالتماس أيضاً[٥٠].

ولكننا لا نؤيد هذا الرأي، لأنه يتعارض مع المادة ٢٧٢ من قانون المرافعات المصري الحالي، والتي تنص صراحة على أنه «لا يجوز الطعن في أحكام محكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن»[٥١]، كما يتعارض مع المادة ٦٧ من القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣ في شأن المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية المتحدة والتي تنص صراحة على أن «تكون أحكام المحكمة العليا نهائية وملزمة للكافة، ولا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن، وذلك فيما عدا الأحكام التي تصدر غيابياً في المواد الجزائية، فيجري في شأن الطعن فيها بطريق المعارضة الأحكام المنصوص عليها في القوانين المنظمة للإجراءات الجزائية»[٥٢].

كما يتعارض هذا الرأي أيضاً مع ما استقر عليه قضاء محكمة النقض من عدم جواز تعييب أحكامها بأي وجه من الوجوه وهي واجبة الاحترام فيما خلصت إليه، إذ محكمة النقض هي خاتمة المطاف في مراحل التقاضي، وأحكامها باتة قاطعة، ولا يتصور الطعن

فيها بأي طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية[٥٣].

ومن الناحية العملية يصعب علينا تصور عدم تصدي محكمة النقض للموضوع في الحالتين المنصوص عليهما في القانون رغم توافر شروطهما، أو تصديها للموضوع في حالات أخرى غير هاتين الحالتين، لأنها الهيئة القضائية العليا في البلاد، ويتمتع قضاتها بخبرة ودراية ودقة تمنع حدوث ذلك.

ولو افترضنا جدلاً حدوث ذلك، فإنه لن يضار أي خصم من الخصوم من عدم التصدي، لأن محكمة الإحالة تلتزم دائماً بالرأي القانوني الذي انتهت إليه محكمة النقض[٥٥]، وعلى أية حال من غير المتصور حدوث ذلك عملاً، ومن الأفضل في اعتقادنا استمرار غلق طريق الطعن بالالتماس في أحكام محكمة النقض منعاً من إطالة أمد النزاع أمام القضاء.

ونتعرض الآن بالتفصيل لدراسة التصدي في الحالتين المنصوص عليهما في المادة ٤/٢٦٩ من قانون المرافعات المصري والمادة ١٦ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٨ في دولة الإمارات العربية المتحدة، مع توضيح شروط التصدي في كل حالة منهما، وكيفية التصدي وآثاره وذلك في المباحث التالية:

المبحث الاول

الحالة الأولى: تصدى محكمة النقض لنظر الموضوع اذا كان صالحا للفصل فيه

اذا نقضت محكمة النقض الحكم المطعون فيه امامها، وكان موضوع الدعوى صالحا للفصل فيه، فانه يجب عليها أن تتصدى لحسمه، وقد نصت المادة ٤/٢٦٩ من قانون المرافعات المصري على هذه الحالة بقولها: « ... اذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه وكان الموضوع صالحا للفصل فيه ... ورأت المحكمة نقض الحكم المطعون فيه وجب عليها أن تحكم في الموضوع»، كما نصت على هذه الحالة ايضا المادة ١٦ من قانون الطعن بالنقض أمام المحكمة الاتحادية العليا في دولة الامارات العربية المتحدة بقولها: «اذا قبلت المحكمة الطعن وكان الموضوع صالحاً للحكم فيه ... فانها تتصدى للفصل فيه ولها اجراء الاستيفاءات اللازمة ...»، ويشترط لتصدى محكمة النقض للموضوع في هذه الحالة شرطان، نوضحهما الآن في المطلبين التاليين:

المطلب الاول
الشرط الاول : أن تنقض المحكمة الحكم المطعون فيه

إذ لا مجال لتصدي محكمة النقض للموضوع اذا حكمت بعدم قبول الطعن المرفوع أمامها ، أو برفضه شكلا ، أو برفضه موضوعا ، لانه يترتب على هذا الحكم انهاء قضية الطعن .

وانما ينبغي لكي تتصدى محكمة النقض للفصل في الموضوع ان تحكم بنقض الحكم المطعون فيه ، ويستوى عندئذ أن يكون نقضها للحكم المطعون فيه كليا أو جزئيا وفي حالة نقضها للحكم المطعون فيه لا يشترط للتصدى ان يكون الموضوع صالحاً للفصل فيه بأكمله ، بل يكفي أن يكون صالحاً في شق منه ، وهذا الشق تفصل فيه المحكمة وتحيل الشق الآخر إلى المحكمة التي أصدرت الحكم(٥٥) .

ويستوى للتصدى أن يكون الحكم قد نقض لخطأ في القانون أو لمخالفته الثابت بالاوراق أو لاغفاله مستنداً قاطعا في الدعوى ، وهكذا في كل حالة من حالات الطعن أيا كان سببه مادام أنه من الممكن تصفية النزاع وحسمه بغير اتخاذ اي اجراء جديد(٥٦) .

ولكن يستثنى من ذلك حالة نقض الحكم لمخالفة قواعد الاختصاص ، اذ لا يجوز أن تتصدى محكمة النقض للفصل في الموضوع في هذه الحالة ، كذلك لا يتصور تصدى محكمة النقض للموضوع في حالة النقض لمصلحة القانون وسوف نوضح ذلك تفصيلا فيمايلي :

اولاً : عدم جواز التصدى اذا كان الحكم المطعون فيه قد نقض لمخالفته قواعد الاختصاص :

مما لاشك فيه أن مخالفة الحكم المطعون فيه لقواعد الاختصاص ، تمثل صورة من صور مخالفة القانون التي تصلح أن تكون حالة من حالات الطعن بالنقض ، فالطعن بعدم اختصاص المحكمة باصدار الحكم المطعون فيه هو في الحقيقة طعن بمخالفة هذا الحكم لقواعد الاختصاص القانونية(٥٧) .

وذلك سواء كانت قاعدة الاختصاص التي خالفها الحكم المطعون فيه تتعلق بالنظام العام أولا تتعلق بالنظام العام ، فاذا كانت قاعدة الاختصاص متعلقة بالنظام العام ، فانها تعتبر قائمة في الخصومة ومطروحة على المحكمة دائما ، ويعتبر الحكم الصادر في الموضوع مشتملا على قضاء ضمني باختصاص المحكمة بنظر هذا الموضوع(٥٨) ، أي أن محكمة الموضوع طالما أنها قضت في موضوع الدعوى تكون قد قضت باختصاصها ضمنا ،

اذ كان لها أن تثير مسألة الاختصاص وتحكم فيه من تلقاء نفسها طالما أن قاعدة الاختصاص تتعلق بالنظام العام، ولذلك يجوز الطعن بالنقض في الحكم المخالف لقواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام على اساس أنه بنى على مخالفة للقانون ويستوى في ذلك أن يكون الطاعن قد تمسك بعدم الاختصاص أمام محكمة الموضوع أم لم يتمسك[٥٩]، ومع ذلك ينبغي ملاحظة أن بالنسبة للاختصاص القيمي وان تعلق بالنظام العام عملا بالمادة ١٠٩ مرافعات مصري ومن ثم يجوز ابداؤه في اية حالة كانت عليها الدعوى، الا أنه لا يجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض لما يخالطه من واقع كان يجب طرحه على محكمة الموضوع هو التحقق من قيمة الدعوى[٦٠].

بينما اذا كانت قاعدة الاختصاص غير متعلقة بالنظام العام، فلا سبيل للتمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض، ولا يقبل الطعن بالنقض المبنى على مخالفة هذه القاعدة ما لم يكن الطاعن قد تمسك بالمخالفة أمام محكمة الموضوع، وكانت هذه المحكمة قد فصلت فيه على وجه خاطىء، ففي هذه الحالة يمكن النعي على هذا الحكم بمخالفة القانون أمام محكمة النقض، نظرا لمخالفته قاعدة الاختصاص.

وسواء كانت قاعدة الاختصاص متعلقة بالنظام العام أو غير متعلقة به، ونقضت محكمة النقض الحكم المطعون فيه لمخالفته هذه القاعدة، فان محكمة النقض تقتصر على الفصل في مسألة الاختصاص، وعند الاقتضاء تعين المحكمة المختصة التي يجب التداعي اليها باجراءات جديدة[٦١]، ومعنى ذلك أن حكم النقض باختصاص محكمة معينة بنظر النزاع لا يحرك الدعوى أمام هذه المحكمة وانما يتعين رفعها بالاجراءات المعتادة أمام المحكمة المختصة التي حددتها محكمة النقض، فما قضت به محكمة النقض هو الحكم الصحيح قانونا وان لمن يهمه من الخصوم عرض الموضوع على المحكمة المختصة[٦٢].

وقد تكون المحكمة المختصة التي تعينها محكمة النقض هي محكمة ثاني درجة، وقد تكون محكمة أول درجة حسب الاحوال[٦٣]، اذ تعين محكمة النقض هذه المحكمة المختصة بنظر موضوع النزاع وفقا لما تقضي به قواعد الاختصاص القضائي، وحكم محكمة النقض بتعيين هذه المحكمة له حجيته في مسألة الاختصاص، وهي المسألة القانونية التي فصلت فيها محكمة النقض، ومن ثم تلتزم هذه المحكمة بالفصل في النزاع اذا مارفع الخصم صاحب المصلحة الدعوى أمامها باجراءات جديدة، ولا تحيل محكمة النقض الدعوى إلى المحكمة التي تراها مختصة اذا ما نقضت الحكم المطعون فيه لمخالفته قواعد الاختصاص، وانما تعين فقط المحكمة المختصة، وللخصم صاحب المصلحة رفع الدعوى امام هذه المحكمة باجراءات جديدة اذا رغب في ذلك.

وثمة تساؤل يثور في هذا الصدد، وهو هل تملك محكمة النقض اذا هي قضت بنقض

الحكم لمخالفته قواعد الاختصاص، وكان الموضوع صالحا للفصل فيه، أن تتصدى لنظر الموضوع؟ .

تنص المادة ٢٦٩ من قانون المرافعات المصري الحالي على أنه «اذا كان الحكم المطعون فيه قد نقض لمخالفة قواعد الاختصاص تقتصر المحكمة على الفصل في مسألة الاختصاص، وعند الاقتضاء تعين المحكمة المختصة التي يجب التداعى اليها باجراءات جديدة.

فاذا كان الحكم قد نقض لغير ذلك من الاسباب تحيل القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم فيه من جديد بناء على طلب الخصوم، وفي هذه الحالة يتحتم على المحكمة التي احيلت اليها القضية ان تتبع حكم محكمة النقض في المسألة القانونية التي فصلت فيها.

ويجب ألا يكون من بين اعضاء المحكمة التي أحيلت اليها القضية أحد القضاة الذين اشتركوا في اصدار الحكم المطعون فيه.

ومع ذلك اذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه أو كان الطعن للمرة الثانية ورأت المحكمة نقض الحكم المطعون فيه وجب عليها أن تحكم في الموضوع».

وربما يتصور المرء امكانية تصدى محكمة النقض للفصل في الموضوع في حالة نقضها للحكم المخالف لقواعد الاختصاص، وذلك استناداً إلى ما تقضى به الفقرة الاخيرة من المادة ٢٦٩ سالفة الذكر، والتي تنص على أنه «اذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه وكان الموضوع صالحا للفصل فيه وجب عليها أن تفصل في الموضوع».

ولكن هذا التصور غير صحيح، لأن ظاهر نص المادة ٢٦٩ وترتيب فقراتها لا يدل على ذلك، فالفقرة الاخيرة من المادة ٢٦٩ ليست في الحقيقة الا نصا خاصا مستثنى من نص الفقرة الثانية من هذه المادة الذي يقضي بوجوب الا حالة في جميع الأحوال التي يكون فيها سبب النقض هو سبب آخر غير مخالفة قواعد الاختصاص. كما ان النص في الفقرة الاولى من هذه ا لمادة على أن المحكمة عند الاقتضاء تعين المحكمة المختصة التي يجب التداعى اليها باجراءات جديدة، يدل على أن المشرع قصد إلى منع محكمة النقض من التصدى للفصل في موضوع الدعوى في حالة القضاء بنقض الحكم المخالف لقواعد الاختصاص، وأن على الخصم صاحب المصلحة اذا شاء أن يتداعى أمام المحكمة المختصة لتفصل هذه المحكمة في موضوع دعواه.

ومما يؤكد عدم جواز تصدى محكمة النقض للفصل في موضوع الدعوى في هذه الحالة، أنه لا يتصور قضاء محكمة النقض في دعوى لا تكون قد نظرتها بعد محكمة الموضوع المختصة بها واستنفدت ولا يتها بشأنها(٦٤).

وقد سبق لنا عند توضيحنا لمفهوم تصدى محكمة النقض وطبيعته، أن قلنا أن

التصدى يقصد به قيام محكمة النقض بالحكم في موضوع الدعوى الذي سبق عرضه وتم الفصل فيه بمعرفة محكمة الموضوع، وبهذا المعنى يختلف تصدى محكمة النقض للموضوع عن تصدى محكمة الاستئناف له، اذ لمحكمة الاستئناف ان تنتزع موضوع الدعوى الأصلي قبل الفصل فيه من محكمة أول درجة وتفصل هي فيه مع استئناف الحكم الفرعي بحكم واحد، ولذلك من غير الجائز أن تتصدى محكمة النقض لموضوع الدعوى في حالة نقضها للحكم المطعون فيه لمخالفته لقواعد الاختصاص، لأن محكمة الموضوع المختصة لم يسبق لها الفصل فيه، كما أن التصدى في هذه الحالة يتناقض تماما مع وظيفة محكمة النقض، اذ ليس من وظيفتها أن تفصل في موضوع لم تنظره محكمة الموضوع المختصة به من قبل.

اذن وفقا لقانون المرافعات المصري لا يجوز لمحكمة النقض أن تتصدى للفصل في موضوع الدعوى اذا نقضت الحكم المطعون فيه لمخالفته لقواعد الاختصاص، وانما تتولى المحكمة المختصة التي عينتها الفصل في الموضوع اذا رفع الخصم ذو المصلحة دعواه أمامها باجراءات جديدة.

وفي دولة الامارات العربية المتحدة، فاننا نعيد الاشارة للمادة ١٦ من القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٧٨ بتنظيم حالات واجراءات الطعن بالنقض أمام المحكمة الاتحادية العليا، وهذه المادة هي المنظمة لتصدى المحكمة لموضوع الدعوى، وتنص على أنه «اذا قبلت المحكمة الطعن وكان الموضوع صالحاً للحكم فيه أو كان الطعن للمرة الثانية فانها تتصدى للفصل فيه ولها اجراء الاستيفاءات اللازمة، أما في غير هذه الاحوال فتقضي المحكمة بنقض الحكم كله أو بعضه وتحيل الدعوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه لتقضي فيه من جديد. وتلتزم المحكمة المحال اليها الدعوى بحكم المحكمة الاتحادية العليا في النقاط التي فصل فيها».

وواضح من هذا النص ان المشرع في دولة الامارات العربية المتحدة لم يهتم بتنظيم حالة نقض الحكم المطعون فيه لمخالفته لقواعد الاختصاص تنظيما خاصا فيما يتعلق بالاحالة أو التصدى، ورغم أنه نص في المادة الرابعة من هذا القانون على اعتبار مخالفة الحكم لقواعد الاختصاص وجها من أوجه الطعن بالنقض[٦٥]، الا انه آثر الصمت بالنسبة لكيفية الا حالة في هذه الحالة، ولم يوضح ما اذا كان من واجب المحكمة الاتحادية العليا اذا نقضت الحكم لمخالفته قواعد الاختصاص أن تقتصر على تعيين المحكمة المختصة وعلى الخصم صاحب المصلحة أن يرفع دعواه أمام هذه المحكمة المختصة باجراءات جديدة، أم أن من واجب المحكمة الاتحادية العليا اذا نقضت الحكم لمخالفته قواعد الاختصاص أن تحيل الدعوى إلى المحكمة التي تراها مختصة بصرف النظر عن رغبة الخصم صاحب المصلحة في دعواه.

كما ان نص المادة ١٦ من القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٧٨ جاء عاما فيما

يتعلق بالتصدي، ولم يفرق بين حالة نقض الحكم لمخالفته قواعد الاختصاص وغيرها من حالات نقض الحكم، ولم يشترط للتصدى سوى أن تقبل المحكمة الطعن وأن يكون الموضوع صالحاً للحكم فيه أو أن يكون الطعن للمرة الثانية، ولم يوضح ما اذا كان من واجب المحكمة الاتحادية العليا أن تتصدى للفصل في موضوع الدعوى دائما اذا ما توافرت شروط التصدى حتى في حالة نقض الحكم المطعون فيه لمخالفته قواعد الاختصاص، أم أنه ينبغي الا تتصدى المحكمة الاتحادية العليا للفصل في الموضوع في حالة نقض الحكم لمخالفته قواعد الاختصاص وتقتصر على تعيين المحكمة المختصة.

وازاء عمومية نص المادة ١٦ سالف الذكر، قضت دائرة النقض المدني بالمحكمة الاتحادية العليا بنقض حكم صدر من قاضي التنفيذ لمخالفته قواعد الاختصاص، اذ تجاوز قاضي التنفيذ اختصاصه وفصل في منازعة موضوعية، ولم تقف المحكمة الاتحادية العليا عند حد نقض هذا الحكم لمخالفته قواعد الاختصاص، ولكنها تصدت للفصل في موضوع الدعوى على اساس أن موضوع الدعوى صالح للفصل فيه[٦٦].

والحق في اعتقادنا أنه لا ينبغي للمحكمة الاتحادية العليا كمحكمة نقض ان تتصدى لموضوع الدعوى في حالة نقضها لحكم مخالف لقواعد الاختصاص، لان التصدى في هذه الحالة لا يتفق مع المفهوم الصحيح لتصدى محكمة النقض للموضوع، ذلك المفهوم الذي يختلف عن مفهوم تصدى محكمة الاستئناف للموضوع كما اسلفنا، فان جاز لمحكمة الاستئناف وفقا لقانون المرافعات الفرنسي أن تتصدى لموضوع دعوى بمناسبة استئناف حكم فرعي ـ ومعلوم أن محكمة الاستئناف محكمة موضوع ـ فأنه لا ينبغي أن يباح لمحكمة النقض وهي محكمة قانون أن تنتزع موضوع دعوى من أمام محاكم ادنى بمناسبة نقض حكم مخالف لقواعد الاختصاص صادر من احدى هذه المحاكم، لتفصل فيه رغم عدم استنفاذ محكمة الموضوع لولايتها بشأنه، ومن الافضل في حالة نقض الحكم المخالف لقواعد الاختصاص ان تنحصر مهمة محكمة النقض في تعيين المحكمة المختصة فحسب، تاركة موضوع الدعوى لهذه المحكمة المختصة لتفصل فيه اذا شاء الخصم ذو المصلحة رفع دعواه من جديد أمامها، ولكن ثمة ثغرة تشريعية في القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٧٨ في هذا الصدد، وسوف نتعرض لها في خاتمة هذا البحث.

ثانياً: لا يجوز التصدي للموضوع في حالة نقض الحكم المطعون فيه لمصلحة القانون:

استحدث قانون المرافعات المصري الحالي في المادة ٢٥٠ منه نظام الطعن من النائب العام لمصلحة القانون، وذلك لمواجهة صعوبات تعرض في العمل وتؤدي إلى تعارض احكام القضاء في المسألة القانونية الواحدة، ويحسن لمصلحة القانون والعدالة أن تعرض هذه المسائل على المحكمة العليا لتقول فيها كلمتها فتضع حدا لتضارب الاحكام[٦٧] وتنص هذه المادة على أنه «للنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في

الأحكام الانتهائية ـ أيا كانت المحكمة التى أصدرتها ـ إذا كان الحكم مبنيا على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله، وذلك في الاحوال الآتية:

١ ـ الاحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها.

٢ ـ الاحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن.

ويرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام. وتنظر المحكمة الطعن في غرفة المشورة بغير دعوة الخصوم.

ولا يفيد الخصوم من هذا الطعن».

كما اخذ المشرع في دولة الامارات العربية المتحدة بهذا النظام، ونص في المادة الخامسة من القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٧٨ بعد تعديلها سنة ١٩٨٥ على أنه «للنائب العام من تلقاء نفسه أو بناء على طلب خطي من وزير العدل ان يطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا بطريق النقض لصالح القانون في الاحكام النهائية ايا كانت المحكمة الاتحادية التي اصدرتها، وذلك خلال سنتين على الاكثر من تاريخ صدور الحكم اذا كان مبنيا على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله وذلك في الحالتين الآتيتين:

١ ـ الاحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها.

٢ ـ الاحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها، أو نزلوا فيها عن الطعن، أو رفعو ا طعنا فيها قضى بعدم قبوله.

ويرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام وتنظر المحكمة الطعن بعد دعوة الخصوم ويفيد الخصوم من هذا الطعن».

ونعتقد أن طبيعة طعن النائب العام بالنقض وكونه يستهدف أساساً مصلحة القانون، تحول دون تصدى محكمة النقض للموضوع اذا نقضت الحكم المطعون فيه في هذه الحالة، خاصة وأن هذا الحكم من الاحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها أو فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن أو رفعوا طعنا فيها قضى بعدم قبوله، كما أنه وفقا للتشريع ا لمصري لا يتقيد الطعن المرفوع من النائب العام لمصلحة القانون بميعاد(٦٨)، كما تنظره المحكمة في غرفة المشورة وبغير دعوة الخصوم ولا يفيد الخصوم منه، ومن ثم لا مجال لتصدى محكمة النقض للموضوع اذا نقضت الحكم المطعون فيه من النائب العام، طالما أن هذا الطعن لا يفيد الخصوم منه وفقا للقانون المصري، وهو في حقيقته طعن خالص لوجه القانون.

المطلب الثاني
الشرط الثاني: صلاحية الموضوع للفصل فيه

اذا نقضت محكمة النقض الحكم المطعون فيه، فانه ينبغي لكي تتصدى للفصل في موضوع الدعوى أن يكون هذا الموضوع صالحاً للفصل فيه، بمعنى أن يكون ما بقي من مسائل الدعوى الواقعية والقانونية بعد حل المسألة القانونية - التي من أجلها نقض الحكم - ممكنة تصفيته وحسم النزاع فيه بغير اتخاذ اي أجراء من اجراءات التحقيق(٦٩) أي أن يكون التأكيد الواقعي الذي سبق تقريره من محكمة الموضوع صحيحاً وكاملا، بحيث لا مجال أمام محكمة الموضوع فيما لو احيل النزاع اليها بعد النقض إلى اية اضافة او تغيير(٧٠) وتفاديا لا طالة أمد النزاع امام القضاء، واعمالا لمبدأ الاقتصاد في الاجراءات، فان محكمة النقض اذا نقضت الحكم وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه بهذا المعنى، فانها تحسمه(٧١).

اذن يجب أن تكون وقائع الدعوى ثابتة ومستوفاة، ولا تتطلب بحثا جديداً(٧٢)، حتى يكون موضعها صالحاً للفصل فيه من قبل محكمة النقض اذا ما نقضت الحكم المطعون فيه، وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية منذ أكثر من نصف قرن عند تصديها للموضوع أن تحصل فهم الواقع في الدعوى من الاوراق والمستندات ثم تكيف هذا الواقع على مقتضى القاعدة القانونية التي أخذت بها في نقض الحكم، متى كان الامر سهلا لا يفتقر إلى غير الرجوع إلى ملف الدعوى(٧٣)، اما أن احتاج الامر إلى اجراءات جديدة من اطلاع وتحقيق فانها لا تتصدى للموضوع نظرا لعدم صلاحيته للفصل فيه، وهكذا في كل حالة يكون الموضوع فيها بحاجة إلى تأكيدات واقعية جديدة، أو تحقيقات تكميلية أو سماع أشخاص أخرين فانها لا تتصدى للفصل فيه وانما تجب الاحالة.

ويلاحظ انه لا يشترط أن يكون موضوع الدعوى صالحاً بأكمله للفصل فيه، بل يكفي ان يكون صالحاً في شق منه، وهذا الشق تفصل فيه محكمة النقض وتحيل الشق الآخر إلى المحكمة التي أصدرت الحكم(٧٤) وتلتزم محكمة الاحالة بالنسبة لهذا الشق غير الصالح لنظره من قبل محكمة النقض بالرأي القانوني المتعلق به والذي تنتهي اليه محكمة النقض.

المبحث الثاني

الحالة الثانية: تصدى محكمة النقض للفصل في الموضوع اذا كان الطعن للمرة الثانية

يحدث الطعن بالنقض للمرة الثانية في الاحوال التي تقوم فيها محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه، واحالة النزاع إلى محكمة الاحالة، لكي تفصل فيه معتنقة وجهة النظر القانونية التي أرتأتها محكمة النقض اعمالا للمادة ٢/٢٦٩ مرافعات مصري والمادة ٢/١٦ من قانون الطعن بالنقض في الامارات، ورغم ذلك لا تلتزم محكمة الاحالة بالمبدأ القانوني الذي قررته محكمة النقض، مما يؤدي إلى الطعن في حكم محكمة الاحالة بالنقض.

كما يتصور حدوث الطعن بالنقض للمرة الثانية ايضا في الاحوال التي يقع في حكم محكمة الاحالة عيب آخر من العيوب التي تفتح الطريق أمام الطعن بالنقض[٧٥].

واذا كان الطعن بالنقض للمرة الثانية، ورأت محكمة النقض قبول الطعن ونقض الحكم، فانه يتعين عليها في هذه الحالة أن تتصدى للفصل في موضوع الدعوى، ولا تحيله إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، فقد أوجب عليها المشرع التصدى للموضوع في هذه الحالة، وذلك اقتصادا في الاجراءات وتعجيلا للبت في النزاع.

ولكن التصدى في هذه الحالة يفترض أن الطعن بالنقض للمرة الثانية ينصب على ذات ما طعن عليه في المرة الاولى، فمثلا اذا اقتصر الطعن الأول على النعى على ما قضى به الحكم بشأن عدم سماع الدعوى وورد الطعن الثاني على القضاء في الموضوع وهو مالم يكن معروضا أصلا في الطعن الاول، فإنه لا تتوافر هذه الحالة للتصدى، ويتعين أن يكون مع النقض الا حالة [٧٦]، وذلك ما لم تتوافر الحالة الاولى للتصدى أي حالة صلاحية الموضوع للفصل فيه.

ويشترط للتصدى في حالة الطعن بالنقض للمرة الثانية، نفس الشرط الذي سبق ان ذكرناه بشأن الحالة الاولى للتصدى، وهو شرط أن تنقض المحكمة الحكم المطعون فيه، اذا لامجال للتصدي للموضوع اذا حكمت محكمة النقض بعدم قبول الطعن او برفضه شكلا أو برفضه موضوعا كما اسلفنا، وقد اشارت إلى ضرورة نقض الحكم كشرط للتصدى في الحالتين المادة ٤/٢٦٩ مرافعات مصري بقولها: «... اذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه......»، كما اشارت إلى هذا الشرط ايضا المادة ١/١٦ من قانون الطعن بالنقض في الامارات بقولها: «اذا قبلت المحكمة الطعن.....»[٧٧]،

ويلاحظ أن لفظ القبول الذي ورد في هذه المادة قد يثير لبسا، فقد تقبل محكمة النقض الطعن شكلا ولكن ترفضه موضوعا، وعلى اية حال يجب أن يفهم لفظ القبول في هذا الصدد على أنه قبول للطعن من حيث الشكل والموضوع معا.

وفي حالة ما اذا كان الطعن بالنقض للمرة الثانية، فإنه لا يشترط لكي تتصدى محكمة النقض لموضوع الدعوى ان يكون هذا الموضوع صالحا للفصل فيه، اي أنها تتصدى لنظر الموضوع حتى ولو كان غير صالح لنظره، كما لو كان بحاجة إلى اتخاذ اي إجراء جديد من اجراءات التحقيق، أو كان يحتاج إلى تأكيدات واقعية لا تقوم بها الا محكمة الموضوع، ولذلك فان محكمة النقض عندما تتصدى لهذا الموضوع غير الصالح للفصل فيه، فانها تقوم بوظيفة محكمة الموضوع كاملة[٧٨]، وتكون لها جميع السلطات التي لمحكمة الموضوع التي نقض حكمها، كما يكون للخصوم نفس الحقوق وعليهم نفس الواجبات التي لهم وعليهم أمام محكمة الموضوع، كما تلتزم محكمة النقض بالمبدأ القانوني الذي قررته في حكمها السابق بالنقض[٧٩].

أما اذا لم يكن الطعن بالنقض للمرة الثانية، وكان الموضوع غير صالح للفصل فيه، فانه لا مجال للتصدى للموضوع لعدم توافر اي حالة من الحالتين السابق توضيحهما فيما تقدم، وعندئذ يجب على محكمة النقض ان تحيل القضية إلى المحكمة التي اصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم فيها من جديد بناء على طلب الخصوم، ويجب ألا يكون من بين أعضاء المحكمة التي احيلت اليها القضية أحد القضاة الذين اشتركوا في اصدار الحكم المطعون فيه (مادة ٣/٢٦٩ مرافعات مصري).

ويلاحظ ان المشرع في دولة الامارات العربية المتحدة لم ينص في المادة ١٦ من قانون الطعن بالنقض ولا في اي مادة من مواد الباب الثاني من هذا القانون والمنظمة للطعن بالنقض في المواد المدنية، على حظر اشتراك أحد من القضاة الذين أصدروا الحكم الاول في نظر الدعوى، وذلك في حالة ما اذا نقض الحكم وأحيلت الدعوى للمحكمة التي صدر الحكم المطعون فيه من أحد دوائرها ولكنه نص على هذا الحظر في المادة ٣/٢٥ من قانون الطعن بالنقض والتي وردت ضمن مواد الباب الثالث من هذا القانون المنظمة للطعن بالنقض في المواد الجنائية[٨٠] وهذا المسلك التشريعي منتقد في رأينا، وقد اثار لبسا في الواقع العملي، اذ ذهبت المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة استئناف أبوظبي الى ان هذا الحظر يقتصر على حالة الطعن بالنقض في المواد الجنائية دون المواد المدنية، ففي قضية حكمت فيها المحكمة الاتحادية العليا بنقض الحكم المطعون فيه واحالة الدعوى إلى محكمة استئناف ابو ظبي لتقضي فيها من جديد، نظرت محكمة استئناف ابوظبي الدعوى من بعد الاحالة، وهي مشكلة من هيئة، عضو اليسار فيها كان عضوا ايضا في تشكيل الدائرة التي سبق اصدارها الحكم الذي نقض من المحكمة الاتحادية العليا، وقد نتج عن ذلك ان طعن الخصم ذو المصلحة لهذا السبب في الحكم الجديد

الصادر من محكمة استئناف ابوظبي بالنقض للمرة الثانية، ورغم ان المحكمة الاتحادية العليا نقضت هذا الحكم الجديد لهذا السبب وحده وذلك استنادا إلى نص المادة ٢/٣٧ من القانون الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ في شأن السلطة القضائية[٨١]، الا أنه ورد في حيثيات حكمها ما يفيد أن الحظر السالف الذكر يقتصر على حالة الطعن بالنقض في المواد الجنائية فقط، فقد جاء في حيثيات هذا الحكم «أن الطعن الرقيم ٨ للسنة السادسة القضائية المرفوع من مصرف ص.أ.بني على اربعة اسباب، ينعي الطاعن في السبب الاول منها على الحكم المطعون فيه بالبطلان، وفي بيان ذلك يقول أن عضو يسار دائرة محكمة الاستئناف التي اصدرت هذا الحكم كان عضوا ايضا في تشكيل الدائرة التي سبق اصدارها الحكم الذي نقض من المحكمة الاتحادية العليا بل هو القاضي الذي تولى تحرير الاسباب في كل من الحكمين، واذ كان من المقرر تطبيقا لأحكام المادتين ١٦ و٢٥ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٨ بتنظيم حالات واجراءات الطعن بالنقض ان قضاة محكمة الاستئناف الذين ينظرون الدعوى من جديد بعد نقض الحكم يجب أن يكونوا خلاف من أصدروا الحكم المنقوض، كذلك فان قانون السلطة القضائية الاتحادية رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ يحظر على القاضي الحكم في دعوى سبق أن ابدى فيها رأيا ونص على أن ابداء رأي القاضي في دعوى معروضة يجعله غير صالح لنظرها، فانه يترتب على ذلك أن يكون القاضي عضو يسار الدائرة التي أصدرت الحكم المطعون فيه فاقدا صلاحيته مادام قد اشترك في الحكم المنقوض، ويكون الحكم المطعون فيه وقع باطلا بطلانا يتعلق بالنظام العام لمخالفته قاعدة اساسية تمس أصول نظام القضاء بما يستوجب نقضه.

وحيث أن القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة١٩٧٨ بتنظيم حالات واجراءات الطعن بالنقض أمام المحكمة الاتحادية العليا أفرد الباب الثاني بنصوص انتظمت أحكام الطعن بالنقض في المواد المدنية بما يغاير نظام الطعن في المواد الجزائية الذي عقد له الباب الثالث من القانون ، ولم يورد في الباب الثاني نصا يستلزم ان تكون هيئة محكمة الاستئناف التي تنظر الدعوى من جديد بعض نقض الحكم المطعون فيه مؤلفة من قضاة آخرين غير من أصدروا الحكم المنقوض على غرار ما أوجبه بنص المادة ٢٥ في شأن نظام الطعن بالنقض في المواد الجزائية، ومما لا مرية فيه ان المشرع اذ اغفل وضع هذا النص بصدد الطعن بالنقض في المواد المدنية فقد عمد إلى قصره على الطعون بالنقض في المواد الجزائية لما للدعوى الجزائية من خصائص واحكام تنفرد بها عن الدعوى المدنية، ولا يسوغ القول بانسحاب النص إلى الطعن بالنقض في المواد المدنية لمغايرة النظامين كل عن الآخر، هذا إلى ان من المقرر في القواعد الاجرائية ان ما يتصل منها بتنظيم المسائل المدنية هو الاصل العام الذي ينبغي الرجوع اليه واتباعه فيما نقص او غمض من قواعد الاجراءات الجزائية وليس العكس، ومن ثم فلا يتسنى في صحيح

القانون اعمال قاعدة اجرائية خصها المشرع بالمواد ا الجزائية في مجال اجراءات المواد المدنية الا أن المشرع في القانون الاتحادي الرقيم ٣ لسنة ١٩٨٣م في شان السلطة القضائية أورد بالفقرة الثانية من المادة ٣٧ نصا بأنه (لا يجوز للقاضي ان يبدى رأيه او اتجاهه في قضية معروضة لاية جهة كانت ويصبح القاضي غير صالح لنظر الدعوى اذا خالف هذا الحظر فضلاً عن تعرضه للمساءلة التأديبية)، ومفاد ذلك أن هذا القانون استحدث حكما يتسع في عمومه وشموله لفقدان القاضي صلاحيته لنظر الدعوى ان قام فيها بعمل يجعل له رأيا أو معلومات شخصية تتعارض مع ما يشترط في القاضي من خلو الذهن عن موضوعها لكي يستطيع ان يزن حجج الخصوم وزنا مجرداً اخذا بان اظهار الرأي قد يدعو إلى التزامه والتشبث به فيشل تقديره ويتأثر به قضاؤه، ولما كان حكم هذا النص يعتبر من القواعد الاجرائية التي تسري باثر فوري فيطبق على الدعاوى القائمة عند نفاذ القانون والعمل به فانه ينبني على ذلك انه قد اصبح محظوراً منذ العمل باحكام ذلك القانون على قضاة محكمة الاستئناف الذين اصدروا حكما في مسألة مدنية طعن فيه بطريق النقض ان ينظروا الدعوى من جديد التي صدر فيها هذا الحكم ان قضت المحكمة الاتحادية العليا بنقضه، ومخالفة هذا الحظر يترتب عليه عدم صلاحية القاضي بقوة القانون مما يستتبع امتناع القاضي من تلقاء نفسه عن الحكم في الدعوى التي ابدى فيها رأيا ولو لم يطلب ذلك أحد الخصوم، وجزاء مخالفة الحظر هو بطلان الحكم بطلانا يتعلق بالنظام العام فلا يصححه اجازة الخصوم او موافقتهم. لما كان ذلك ـ وكان الثابت من الاوراق ان السيد القاضي (ص.ن.) عضو يسار الدائرة التي اصدرت الحكم المطعون فيه شارك من قبل في اصدار الحكم المنقوض في الطعن الاول، فانه يكون قد فقد صلاحيته لنظر الدعوى من جديد بعد اعادتها من المحكمة الاتحادية العليا إلى محكمة الاستئناف في ظل سريان احكام قانون السلطة القضائية الاتحادية، ويغدو الحكم المطعون فيه بالتالي قد اعتراه البطلان المتصل بالنظام العام ويكون النعي الذي اثاره البنك الطاعن صحيحا مما يوجب نقض الحكم المطعون فيه دون حاجة لبحث اوجه النعي الاخرى المثارة من هذا الطاعن أو الاسباب التي بني عليها الطعن الاخر رقم ٤ للسنة السادسة القضائية».

وحيث ان المحكمة تنظر الطعنين الماثلين وقد رفعا للمرة الثانية، ومن ثم فا نه يكون متعينا عليها التصدي للفصل في الدعوى اعمالا لنص المادة ١٦ من القانون الاتحادي الرقيم ١٧ لسنة ١٩٧٨»[٨٢].

وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا في هذه القضية بنقض الحكم المطعون فيه وفصلت في موضوع الدعوى، وسوف نعود إلى معالجة مسلك المشرع سالف الذكر في خاتمة هذا البحث.

المبحث الثالث

كيفية التصدى وآثاره

اذا توافرت شروط التصدى لموضوع الدعوى، فإنه يجب على محكمة النقض أن تتصدى لحسم الموضوع، فقد أوجب المشرع عليها ذلك، بصرف النظر عن طلبات الخصوم، اذ لا يتوقف التصدى على طلب الخصوم[٨٣] ولكن ليس في القانون ما يمنع الطاعن من أن يطلب من المحكمة الحكم في الموضوع على ما تتمخض اليه طلباته فيه على اعتبار أن طعنه سيقبل وسوف تحكم له المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه وسوف تتصدى محكمة النقض للفصل في الموضوع[٨٤]، كما أن ليس في القانون كذلك ما يمنع المطعون ضده من أن يطلب احتياطيا الحكم بالاحالة بحجة أنه كانت له فيه وجوه دفاع معينة لم تأخذ بها محكمة الموضوع أو أن له وجوه دفاع جديدة يريد ان يعرضها على محكمة الاحالة عند نظر الدعوى على اساس جديد، ولا شك في ان لمحكمة النقض، وهي بصدد تقدير صلاحية الموضوع للفصل فيه كشرط للتصدى للموضوع، أن تقدر الاعتبارات التي يسوقها المطعون ضده في طلبه الاحالة[٨٥].

وفي حالة صلاحية الموضوع للفصل فيه، فانه يمتنع على محكمة النقض عند تصديها لحسم الموضوع وتصفيته، اجراء اي تحقيقات جديدة او قبول طلبات أو مذكرات او سماع أوجه دفاع او دفوع تتعلق بالموضوع، اذ مفترض اعمال التصدى في هذه الحالة وشرطه الاساسي ان يكون الموضوع صالحا لنظره دون أي اضافة تؤدي إلى جعله مهيأ للنظر[٨٦]، وقد مضت الإشارة عند توضيحنا لشرط صلاحية الموضوع للفصل فيه، إلى أن قضاء النقض استقر منذ أمد طويل على أنه عند تصديها للموضوع في هذه الحالة، فانها تحصل فهم الواقع في الدعوى من الاوراق والمستندات، ثم تكيف هذا الواقع على مقتضى القاعدة القانونية التي اخذت بها في نقض الحكم متى كان الامر سهلا لا يفتقر إلى غير الرجوع إلى ملف الدعوى أمامها.

ويرى البعض في الفقه[٨٧] أنه من الصواب أن تتقبل محكمة النقض من الحكم المطعون فيه حاصل فهم الواقع في الدعوى، الا اذا كان ما أثبته الحكم يناقض أوراق المرافعات والمستندات المقدمة لها، أو يرتكز على ادلة غير مقبولة قانونا، أو يكون الحكم في الدعوى على ما تمخضت اليه بحكم النقض مفتقراً إلى تحصيل فهم جديد، فانه يكون لها عندئذ ان تصحح ذلك الفهم أو تكمله على ضوء تلك الاوراق والمستندات بالحذف والتعديل والزيادة وان تستبدل به فهما آخر، مادام ذلك مستطاعا بأهون سعى وبمجرد

اطلاعها على قضية الطعن الموجودة أمامها وبغير اتخاذ اجراءات اخرى، فان احتاج الأمر إلى إجراءات جديدة من اطلاع وتحقيق فانها تقضي عندئذ باحالة الدعوى إلى المحكمة التي اصدرت الحكم المطعون فيه.

وكثيرا ما تمتنع محكمة النقض عن الفصل في موضوع الدعوى رغم ان الفصل فيه يكون سهلا، وتكون علة هذا الامتناع عدم وجود بعض الاوراق الضرورية لهذا الفصل في ملف الدعوى[٨٨]، أو لمجرد الخشية من الاخلال بحق دفاع المدعى عليه[٨٩].

ومما هو جدير بالملاحظة انه في حالة التصدى للموضوع لصلاحيته للفصل فيه، يختلف مركز الخصوم أمام محكمة النقض بالنسبة لموضوع الدعوى عن مركزهم أمام محكمة الاحالة، اذ لا يتيسر للخصوم ان يبدوا أمام محكمة النقض طلبات جديدة او دفوع او أوجه دفاع جديدة مما كان من الممكن ان يتيسر لهم أمام محكمة الاحالة لو ان النقض كان مع الاحالة، وهم لا يستطيعوا امام محكمة النقض اضافة اي عناصر جديدة للدعوى، لان اساس التصدى في هذه الحالة هو كون الدعوى صالحة للفصل فيها من جميع الوجوه ودون اي اضافة للحكم فيها، كما أنه لا يمكن القول بصفة مطلقة ان محكمة النقض يكون لها في موضوع الدعوى ما يكون لمحكمة الاحالة من مسالك التحقيق والحكم، وعلة ذلك ان بعض هذه المسالك لايلائم وظيفة محكمة النقض ومثال ذلك التحقيق بالبيّنة واستجواب الخصوم وندب الخبراء والانتقال والمعاينة، ومن هذه المسالك مالا يتنافى مع وظيفة محكمة النقض ومثال ذلك الاطلاع على المستندات والاخذ بها في حدود حجيتها وغير ذلك، ولا شك في أن شرط صلاحية موضوع الدعوى يسهل مهمة محكمة النقض عند التصدى للفصل في الطعن وفي موضوع الدعوى بحكم واحد، ومن ثم لا تسلك محكمة النقض اي مسلك من مسالك التحقيق مما قد يعوق مهمتها.

أما في حالة التصدى للموضوع عند الطعن بالنقض للمرة الثانية، فان محكمة النقض تقوم بعمل محكمة الموضوع كاملا، وقد مضت الاشارة إلى ذلك عند دراستنا لهذه الحالة آنفا. ويكون لمحكمة النقض اجراء الاستيفاءات اللازمة[٩٠]، لأنه لا يشترط للتصدى في هذه الحالة ان يكون الموضوع صالحاً للفصل فيه، اي انها تفصل في الموضوع حتى ولو كان هذا الفصل يحتاج إلى إجراءات وتأكيدات واقعية من نوع الاجراءات والتأكيدات التي لا تقوم بها الا محكمة الموضوع، ويكون لمحكمة النقض في هذه الحالة ايضا جميع السلطات التي لمحكمة الموضوع التي نقض حكمها[٩١]، وطالما ان الطعن بالنقض للمرة الثانية فان مركز الخصوم امام محكمة النقض عند تصديها للموضوع يكون هو ذات مركزهم امام محكمة الاحالة، اي يكون عليهم ولهم نفس الواجبات والحقوق التي تكون لهم امام محكمة الموضوع، ولهم ان يبدوا الطلبات والدفوع التي كان لهم ابداؤها أمام محكمة الاحالة، وفي ذلك يختلف التصدى في حالة الطعن بالنقض للمرة الثانية، عنه في

حالة الطعن بالنقض للمرة الاولى، لان أساس التصدى عند الطعن بالنقض للمرة الأولى ان يكون الموضوع صالحاً للفصل فيه من جميع الوجوه على نحو ما أوضحنا فيما مضى.

مما تقدم تتضح لنا كيفية تصدى محكمة النقض للفصل في موضوع الدعوى سواء في حالة صلاحية الموضوع للفصل فيه أو في حالة كون الطعن بالنقض للمرة الثانية، أما آثار التصدى فانها تتمثل بصفة اساسية في تصفية موضوع الدعوى بحكم بات، ومن ثم لا يجوز اعادة طرح النزاع بجميع عناصره أمام القضاء مرة اخرى، سواء في صورة دعوى مبتدأ أو عن طريق الطعن في هذا الحكم اذ لا يمس هذا الحكم البات بأي طريق من طرق الطعن، لان احكام محكمة النقض - كما هو معلوم - هي خاتمة المطاف في مراحل التقاضي، ولكن يجب أن يكون حكم محكمة النقض الصادر في الموضوع مطابقا لوجهة النظر القانونية التي من أجلها نقضت المحكمة الحكم المطعون فيه[٩٢]، ويعتبر الحكم الصادر من محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه وبالفصل في موضوع الدعوى سندا تنفيذياً[٩٣]، ولذلك فان مقدمات التنفيذ واجراءاته تتخذ بناء على هذا الحكم، كما توجه اليه اشكالات التنفيذ، ولا يقيد هذا الحكم الصادر في موضوع الدعوى محكمة النقض في اي نزاع مستقبل، اي انها لا تلتزم باتباع ما قضت به عندما تصدت للموضوع في المنازعات المستقبلة والتي قد تتصدى فيها ايضا لموضوع الدعوى، ومع ذلك فان الحل الذي ارتأته محكمة النقض يكون له قوة الزام ادبية في ظل القانون المصري، اما في دولة الامارات العربية المتحدة فانه وفقا للمادة ٦٧ من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣، فان احكام هذه المحكمة ملزمة للكافة.

خاتمة
ونتائج البحث

أوضحنا في هذه الدراسة نظام تصدى محكمة النقض لموضوع الدعوى، وهو نظام استثنائي، فالاصل ان محكمة النقض باعتبارها محكمة قانون لا تفصل في موضوع الدعوى، وأنها اذا قبلت الطعن شكلا وموضوعا، نقضت الحكم المطعون فيه، واحالت القضية إلى المحكمة التي أصدرت هذا الحكم لتفصل فيها من جديد، الا اذا كان حكم النقض بفصله في المسألة القانونية قد حسم النزاع برمته(٩٤)، فعندئذ يقتصر الأمر على نقض الحكم المطعون فيه، ولا مبرر للاحالة(٩٥).

وقد تباينت التشريعات بشأن نظام التصدى على نحو ما أسلفنا، فقد حرمه القانون الفرنسي تحريما مطلقا منذ القدم، لاعتبارات تاريخية تتمثل بصفة اساسية في الذعر الذي غمر الصدور من مساوىء تصدى مجلس الملك لموضوع الدعوى قبل انشاء محكمة النقض الفرنسية، اذ كان التصدى وسيلة من وسائل تدخل الملك في أعمال القضاة.

بينما أوجبه قانون المرافعات المصري وقانون الطعن بالنقض في دولة الامارات العربية المتحدة، اذا ما نقضت المحكمة الحكم المطعون فيه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه أو كان الطعن بالنقض للمرة الثانية، وذلك لاعتبارات عملية تتمثل في التيسير على المتقاضين والاقتصاد في الاجراءات بسرعة البت في الموضوع وحسمه.

وقد أبانت لنا هذه الدراسة المفهوم الحقيقي لتصدى محكمة النقض لموضوع الدعوى، ذلك المفهوم الذي يختلف اختلافا جذريا عن مفهوم تصدى محكمة الاستئناف للموضوع، الذي اجازه قانون المرافعات الفرنسي اعمالا لمبدأ الاقتصاد في الاجراءات ومحافظة على مشاعر قضاة محاكم الدرجة الاولى، وحرمه قانون المرافعات المصري احتراما لمبدأ التقاضي على درجتين.

كما أظهرت هذه الدراسة أهداف نظام التصدى، وحالاته، وشروط وكيفية اعماله، وآثاره المختلفة.

ونجمل الآن أهم نتائج دراستنا لهذا النظام، وذلك فيما يلي:

أولاً: ضرورة ابقاء نظام التصدى ونقد الرأي الفقهي المعارض:

ذهب رأي حديث في الفقه(٩٦) إلى ان نظام التصدى خلق ونظم ليعمل في النظام

القانوني الخاص بالطعن بالاستئناف، وهو يحقق هدفه على أكمل وجه داخل ميكانيزم الطعن بالاستئناف، فاذا ما نقل نظام التصدى بشكل أو بآخر إلى نظام قانوني آخر من نظم الطعن في الاحكام، فانه لن يقوم باداء وظيفته على الوجه الأكمل، وقد لا يقوم بعمله على الاطلاق وهذا ما حدث في النقض، نظراً لتأثير هدف النظام ذاته على أدواته الفنية وتحقيقها لاهداف هذا النظام.

ولكننا لا نؤيد هذا الرأي، اذ ليس صحيحا بصفة مطلقة القول بأن التصدى خلق ونظم ليعمل في النظام القانوني الخاص بالطعن بالاستئناف، وأنه أداة من الادوات الفنية للطعن بالاستئناف، وأن هذه الاداة لا ينبغي نقلها للطعن بالنقض، لأن هذه الأداة يحرم القانون المصري استخدامها في الطعن بالاستئناف، فقد منع المشرع المصري تصدى محكمة الاستئناف للموضوع، لما يمثله هذا التصدى من اهدار لمبدأ التقاضي على درجتين كما سبق أن اوضحنا آنفا، وان كان المشرع الفرنسي قد أجاز تصدى محكمة الاستئناف للموضوع في حالات استثنائية معينة فقد فعل ذلك لاعتبارات عملية، وهذه الاعتبارات تشبه الاعتبارات العملية التي دفعت المشرع المصري والاماراتي إلى اعمال التصدى في النظام القانوني للطعن بالنقض في حالتين استثنائيتين فقط.

صحيح أن هدف النظام له تأثيره على ادواته الفنية[٩٧]، ولكن اداة التصدى ليست حكرا على نظام الطعن بالاستئناف، بل انها تمثل شذوذاً داخل هذا النظام، لان تصدي محكمة الاستئناف للموضوع يهدر جوهر الاستئناف وعموده الاساسي، المتمثل في مبدأ التقاضي على درجتين وما يحمله في طياته من ضمانات، وما الاستئناف الا اعمال لهذا المبدأ الهام، كما أن مفهوم تصدي محكمة الاستئناف للموضوع يختلف تماما عن مفهوم تصدي محكمة النقض له على نحو ما أوضحنا تفصيلا في هذه الدراسة، ولكن تصدي المحكمتين للموضوع يحقق اهدافا عملية متشابهة.

ونعتقد أن العبرة في نجاح اداة التصدي او فشلها ، تكمن في مدى تحقيقها للغايات العملية التي ابتغاها المشرع من وراء الزام محكمة النقض بهذه الاداة في بعض الحالات، وطالما أن التصدى بمفهومه الخاص الذي سبق أن أوضحناه لا يمثل خروجا على وظيفة هذه المحكمة.

وطالما أنه يحقق من الناحية العملية مبدأ الاقتصاد في الاجراءات ويمنع من اطالة أمد النزاع ويوفر وقت وجهد المتقاضين والقضاة، فاننا لا نجد مبرراً لنقده خاصة وأن تصفية النزاع على يد أعلى محكمة في البلاد تمثل ضمانة تامة للمتقاضين، ثم ألا يكفي المتقاضي أنه تحمل مشقة رحلة التقاضي أمام محكمة أول درجة، ورحلة ثانية للتقاضي أمام محكمة الاستئناف ورحلة ثالثة للتقاضي أمام محكمة النقض، ألا يكفيه ذلك وما بذله من جهد

ووقت ونفقات في سبيل الوصول إلى تأكيد لحقه بحكم بات، أم نفرض عليه دائما أن يبدأ رحلة رابعة للتقاضي أمام محكمة الاحالة التي قد ينحصر دورها في مجرد أعمال الحل القانوني الذي ارتأته محكمة النقض، لا شك في ان تبسيط اجراءات التقاضي بما لا يؤثر في الضمانات الممنوحة للخصوم، هو الذي نميل اليه، خاصة - وكما هو معلوم - فانه بعد تصدى محكمة النقض للموضوع، هناك رحلة جديدة وشاقة تنتظر المحكوم له، وهي رحلة التنفيذ باجراءاته واشكالاته، ولذلك نرى ان نظام تصدى محكمة النقض للموضوع يساهم في تيسير العدالة ورفع العنت عن المتقاضين، ومن ثم ينبغي ابقاء هذا النظام والمحافظة عليه في التشريع المصري وتشريع الامارات العربية المتحدة.

ثانياً: ضرورة عدم التوسع في اعمال نظام التصدي، ونقد اتجاه المشرع الكويتي والمشرع اللبناني في هذا الصدد:

بيد أنه اذا كنا ننادي بالابقاء على نظام تصدي محكمة النقض للفصل في موضوع الدعوى، فانه يجب أن يبقى في اطاره الضيق المحدود، اي فقط في حالة صلاحية الموضوع للفصل فيه وحالة كون الطعن بالنقض للمرة الثانية، إذ هذا النظام - في اعتقادنا - جدير بالبقاء في هذا النطاق فحسب دون ما توسع أو شطط.

وعلة ذلك ان التوسع في نظام التصدي للموضوع، تأباه طبيعة وظيفة محكمة النقض في مصر وفي الامارات العربية المتحدة، تلك الوظيفة التي تقتصر على مراقبة مدى صحة الحكم ومطابقته للقانون، فهي محكمة قانون لا واقع، تقوم ما يقع في الاحكام من اعوجاج وشذوذ في تطبيق القانون، وليست درجة ثالثة للتقاضي في موضوع الدعوى.

ولا نؤيد ما ذهب اليه المشرع الكويتي والمشرع اللبناني، من توسع في نظام التصدي توسعا غير منطقي، ومن خروج على الاصل العام في وظيفة محكمة النقض، وقد تمثل هذا التوسع والخروج في الزام محكمة النقض اذا نقضت الحكم المطعون بالقضاء في الموضوع دون احالة القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، باستثناء حالة نقض الحكم المطعون فيه لمخالفته قواعد الاختصاص وفقا للقانون الكويتي، فقد نصت المادة ١٨ من القانون الكويتي رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٢ بشأن حالات الطعن بالتمييز واجراءاته على أنه «اذا حكمت دائرة التمييز بقبول الطعن فعليها أن تقضي في موضوعه الا إذا كان قاصراً على مسألة الاختصاص فيقتصر الحكم على الفصل فيه، وعند الاقتضاء تعين المحكمة المختصة ....»، وجاء بالمذكرة الايضاحية لهذا القانون بشأن هذه المادة أن المشروع نص على أن تفصل الدائرة في الطعن شكلا وموضوعا دون ما حاجة إلى احالة القضية الى محكمتها الاصلية تحقيقا للغاية من سرعة الفصل.

كما نصت المادة ٢/١٥٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي الجديد رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ على أن المحكمة «إذا قضت بتمييز الحكم المطعون فيه كان عليها أن تفصل في الموضوع، الا اذا كانت قد ميزت الحكم بسبب مخالفته لقواعد الاختصاص

فانها تقتصر على الفصل في مسألة الاختصاص مع تعيين المحكمة المختصة عند الاقتضاء»[٩٨].

ووفقا للمادة ٨١ من قانون تنظيم القضاء العدلي اللبناني السابق[٩٩]، كان يتعين على محكمة التمييز أن تتصدى للموضوع كلما نقضت الحكم المطعون فيه[١٠٠]، وسلك المشرع اللبناني نفس المسلك في قانون اصول المحاكمات المدنية الجديد مرسوم اشتراعي رقم ٩٠ الصادر في ١٦ ايلول سنة ١٩٨٣ - واوجب على محكمة النقض[١٠١]، ان تتصدى للموضوع ايضا، ونعيد الاشارة هنا إلى المادة ٧٣٤ من هذا القانون والتي تنص على أنه «في حالة نقض القرار المطعون فيه، لمحكمة النقض أن تفصل مباشرة في موضوع القضية اذا كانت جاهزة للحكم، والا فانها تعين موعداً لسماع المرافعات او لاجراء ماتراه ضروريا من تحقيق.

وتطبق في هذه الحالة الأصول المتبعة لدى محكمة الاستئناف، وللخصوم أن يقدموا الطلبات والدفوع والوسائل الجديدة بقدر ما يجوز قبولها استئنافا.

وتحكم محكمة النقض في القضية من جديد في الواقع والقانون باستثناء الجهات التي لم يتناولها النقض»

كما نص المشرع اللبناني في المادة ٧٣٥ من هذا القانون على أنه «اذا اقتضت الدعوى تحقيقا تعين محكمة النقض الامور التي يتناولها التحقيق وتكلف احد مستشاريها القيام به».

ويلاحظ ان هذا النهج التوسعي الذي انتهجه المشرعان الكويتي واللبناني والذي يلزم محكمة النقض بالتصدى للموضوع دون حصر للتصدى في بعض الحالات، لا تنتهجه كثير من التشريعات، وقد سبق لنا أن أوضحنا أن القانون الفرنسي يمنع تصدي محكمة النقض للموضوع، وسار على دربه قانون المرافعات الموريتاني[١٠٢]، وايضا قانون الاجراءات المدنية الجزائري[١٠٣]، وبعد أن كان المشرع المغربي يجيز تصدي محكمة النقض - المسماه هناك بالمجلس الاعلى - للموضوع في بعض القضايا[١٠٤]، جعل هذا التصدي وجوبيا ولكن في نطاق ضيق وبشروط محددة وردت في المادتين ٣٦٨ و٣٦٩ من قانون المسطرة المدنية الجديد رقم ١ - ٧٤ - ٤٤٧ الصادر بتاريخ ٢٨ سبتمبر ١٩٧٤[١٠٥].

وفي العراق أوجب المشرع العراقي تصدي محكمة التمييز للموضوع في حالة صلاحيته للفصل فيه[١٠٦]، وفي سوريا منح قانون المرافعات السوري محكمة النقض سلطة الفصل في النزاع في حالتين فقط[١٠٧]، فجعل التصدي جوازيا في حالة صلاحية الموضوع للفصل فيه وجعله وجوبيا في حالة ما اذا كان الطعن بالنقض للمرة الثانية، وفي مصر والامارات العربية المتحدة - وعلى نحو ما درسنا تفصيلا فيما تقدم - حصر المشرعان المصري والاماراتي التصدي في حالتين استثنائيتين على سبيل الالزام وهما حالة صلاحية الموضوع

للفصل فيه وحالة الطعن بالنقض للمرة الثانية، أما في السودان فان المشرع السوداني يجيز للمحكمة العليا هناك التصدي للموضوع ورغم توسعه في ذلك الا أنه لم يجعل التصدى الزاميا[١٠٨].

اذن يتميز اتجاه القانونين الكويتي واللبناني بخاصيتين، الاولى التوسع في حالات تصدي محكمة النقض للموضوع، والثانية الزام محكمة النقض بالتصدى للموضوع وعدم جعله اختياريا.

وقد يحمل هذا الاتجاه في طياته ميزة تفادي ما قد ينشأ عن الاحالة من تأخير في الفصل في الموضوع، ولكن هذه الميزة تتلاشى أمام عيوب تحويل المحكمة العليا في الدولتين إلى درجة ثالثة للتقاضي، وعندما تكثر الطعون سوف يصعب على محكمة التمييز الكويتية ومحكمة النقض اللبنانية التوفيق بين الوظيفتين، وظيفتها كمحكمة قانون تشرف على حسن تطبيق القانون وتوحيده، ووظيفتها كمحكمة واقع تفصل في موضوع الدعوى اذا ما نقضت الحكم المطعون فيه وما يتطلبه هذا الفصل من اجراءات ووقت وجهد، وربما يؤدي ذلك إلى عدم قيامها لا بالوظيفة الاولى ولا بالوظيفة الثانية على الوجه الاكمل والأمثل.

ثالثاً: ضرورة النص في قانون الطعن بالنقض في دولة الامارات العربية المتحدة على عدم جواز تصدى المحكمة الاتحادية العليا للموضوع في حالة نقضها للحكم المطعون فيه لمخالفته قواعد الاختصاص القضائي:

أوضحنا فيما مضى أنه لا ينبغي ان يباح لمحكمة النقض وهي محكمة قانون، أن تنتزع موضوع دعوى من أمام محاكم ادنى بمناسبة نقض حكم مخالف لقواعد الاختصاص صادر من احدى هذه المحاكم، لتفصل فيه رغم عدم استنفاذ محكمة الموضوع لولايتها بشأنه، ومن الأفضل في حالة نقض الحكم المخالف لقواعد الاختصاص ان تنحصر مهمة محكمة النقض في تعيين المحكمة المختصة فحسب تاركه موضوع الدعوى لهذه المحكمة المختصة لتفصل فيه اذا شاء الخصم ذو المصلحة رفع دعواه من جديد امامها ، اذ ان تصدى محكمة النقض للموضوع في هذه الحالة يخالف المفهوم الصحيح لتصدى محكمة النقض للموضوع والذي يختلف عن مفهوم تصدى محكمة الاستئناف له، وان كان من الملائم لمحكمة الاستئناف - وهي محكمة موضوع - أن تنتزع موضوع دعوى من أمام محكمة اول درجة وتتصدى له بمناسبة استئناف حكم فرعي صادر من هذه المحكمة اذا ما توافرت شروط معينة على نحو ما هو متبع في ظل قانون المرافعات الفرنسي، فان ذلك تأباه الوظيفة القانونية لمحكمة النقض اذ لا تتعرض الا للشق القانوني في الحكم الصادر في الدعوى التي تم فحص موضوعها أمام محاكم الدرجة الاولى والدرجة الثانية واستنفذت هذه المحاكم ولايتها بشأنه.

ولكن نتيجة لعمومية نص المادة ١٦ من قانون الطعن بالنقض في دولة الامارات

العربية المتحدة، قضت دائرة النقض بالمحكمة الاتحادية العليا بنقض حكم لمخالفته قواعد الاختصاص ولم تقف عند هذا الحد، بل تصدت للفصل في موضوع الدعوى(١٠٩).

ونقترح أن يفرق المشرع في دولة الامارات العربية المتحدة، بين حالة نقض الحكم المطعون فيه لمخالفته قواعد الاختصاص وغيرها من حالات نقض هذا الحكم، وأن ينص على عدم جواز تصدى المحكمة الاتحادية العليا في حالة نقض الحكم لمخالفته قواعد الاختصاص، وأن تعين المحكمة الاتحادية العليا في هذه الحالة المحكمة التي تراها مختصة وفقا لقواعد الاختصاص، وعلى الخصم صاحب المصلحة ان يرفع دعواه أمام هذه المحكمة المختصة باجراءات جديدة اذا شاء ذلك.

رابعاً: ينبغي اعادة صياغة المادة ١٦ من القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٧٨ المنظمة لتصدي المحكمة الاتحادية العليا لموضوع الدعوى:

ثمة شرط اساسي وبديهي لتصدي محكمة النقض للموضوع، وهو أن تنقض المحكمة الحكم المطعون فيه، وقد سبق لنا دراسة هذا الشرط، وقد عبرت المادة ١/١٦ من قانون الطعن بالنقض رقم ١٧ لسنة ١٩٧٨ في دولة الامارات العربية المتحدة عن هذا الشرط بقولها «اذا قبلت المحكمة الطعن...»، ولفظ القبول الوارد في هذه المادة قد يثير لبسا، فقد تقبل المحكمة الطعن شكلا ولكن ترفضه موضوعا فالقبول المقصود هنا هو قبول الطعن من حيث الشكل والموضوع معا، وهذا ما جرى عليه العمل أما المحكمة الاتحادية العليا في احكامها العديدة التي سبق لنا الاشارة اليها، فهي لا تتصدى للموضوع، الا اذا انقضت الحكم المطعون فيه، ولذلك نرى أنه من الافضل ان يعبر عن هذا الشرط بالقول «اذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه.....».

كذلك فقد سبق لنا توضيح كيفية تصدي محكمة النقض للموضوع، وأنه في الحالة الاولى للتصدي اي حالة صلاحية الموضوع للفصل فيه، يجب أن يكون موضوع الدعوى صالحا للفصل فيه بالمعني الذي أوضحناه، وقد نصت المادة ١٦ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٨ على أن للمحكمة الاتحادية العليا «.... اجراء الاستيفاءات اللازمة...»، دون تفرقه بين حالة التصدي للموضوع الصالح للفصل فيه وحالة كون الطعن بالنقض للمرة الثانية، ولا شك في أن هذه الاستيفاءات يجوز للمحكمة اتخاذها فقط في حالة كون الطعن بالنقض للمرة الثانية لأنه لا يشترط في هذه الحالة أن يكون الموضوع صالحا للفصل فيه، أما في الحالة الاولى للتصدى فان الشرط الاساسي للتصدى هو صلاحية الموضوع للفصل فيه دون اجراء أية استيفاءات، ولذلك نقترح إما حذف هذه الجملة من نص المادة ١٦ من القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٧٨، أو توضيح أن سلطة المحكمة في اجراء الاستيفاءات تقتصر على حالة التصدي للموضوع اذا كان الطعن بالنقض للمرة الثانية، لأنه في هذه الحالة فحسب تمارس المحكمة سلطات محكمة الموضوع على نحو ما أوضحناه فيما مضى.

خامساً : ضرورة النص في الباب الثاني من قانون الطعن بالنقض في الامارات، على حظر اشتراك أحد من القضاة الذين أصدروا الحكم المطعون فيه، في تشكيل محكمة الاحالة :

اذا لم يكن الطعن بالنقض للمرة الثانية، وكان الموضوع غير صالح للفصل فيه، ونقضت محكمة النقض الحكم المطعون فيه، فانه يجب عليها أن تحيل القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم فيها من جديد بناء على طلب الخصوم .

ومن أجل ضمان حياد قضاة محكمة الاحالة، وابعاد شبهة تأثر أحدهم برأي سابق له في الدعوى قد يتشبث به، فانه يجب الا يكون من بين اعضاء المحكمة التي احيلت اليها القضية احد القضاة الذين اشتركوا في اصدار الحكم المطعون فيه .

وقد مضت الاشارة إلى ان المشرع في دولة الامارات العربية المتحدة لم ينص في المادة ١٦ من قانون الطعن بالنقض المنظمة للتصدي والاحالة في المواد المدنية، ولا في اي مادة من مواد الباب الثاني من هذا القانون المنظمة للطعن بالنقض في المواد المدنية، على حظر اشتراك احد من القضاة الذين اصدروا الحكم ا لمطعون فيه في تشكيل المحكمة التي تحال اليها الدعوى بعد نقض الحكم المطعون فيه، ولكنه نص على هذا الحظر في المادة ٣/٢٥ من قانون الطعن بالنقض والتي وردت ضمن مواد الباب الثالث من هذا القانون المنظمة للطعن بالنقض في المواد الجنائية، ولا شك في أن هذا المسلك التشريعي منتقد، وقد أثار لبسا في الواقع العملي، وقد اوضحنا ذلك تفصيلا في هذه الدراسة، اذ ذهبت المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة استئناف ابوظبي إلى ان هذا الحظر يقتصر على حالة الطعن بالنقض في المواد الجنائية دون المواد المدنية ففي قضية ـ مضت الاشارة اليها ـ حكمت فيها المحكمة الاتحادية العليا بنقض الحكم المطعون فيه واحالة الدعوى إلى محكمة استئناف ابوظبي لتقضي فيها من جديد، نظرت محكمة استئناف ابوظبي الدعوى من بعد الاحالة وهي مشكلة من هيئة، عضو اليسار فيها كان عضوا ايضا في تشكيل الدائرة التي سبق اصدارها للحكم الذي نقض من المحكمة الاتحادية العليا، وقد نتج عن ذلك أن طعن الخصم ذو المصلحة لهذا السبب في الحكم الجديد الصادر من محكمة استئناف ابوظبي بالنقض للمرة الثانية، ورغم ان المحكمة الاتحادية العليا نقضت هذا الحكم الجديد لهذا السبب وحده وذلك استنادا إلى نص المادة ٢/٣٧ من القانون الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ في شأن السلطة القضائية، الا أنه ورد في حيثيات حكمها التي سبق أن اشرنا اليها، ما يفيد أن الحظر السالف الذكر يقتصر على حالة الطعن بالنقض في المواد الجنائية فقط، ونعيد الاشارة هنا إلى قول المحكمة الاتحادية العليا في حيثيات حكمها أنه «مما لا مرية فيه ان المشرع اذ اغفل وضع هذا النص ـ اي نص المادة ٣/٢٥ ـ بصدد الطعن في المواد المدنية فقد عمد إلى قصره على الطعون بالنقض في المواد الجزائية لما للدعوى الجزائية من خصائص واحكام تنفرد بها عن الدعوى المدنية .

ولا يسوغ القول بانسحاب نص المادة ٢٥ من القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٧٨ إلى الطعن بالنقض في المواد ا لمدنية لمغايرة كل عن الآخر، هذا إلى أنه من المقرر في القواعد الاجرائية ان ما يتصل منها بتنظيم المسائل المدنية هو الاصل العام الذي ينبغي الرجوع اليه واتباعه فيما نقص او غمض من قواعد الاجراءات الجزائية وليس العكس، ومن ثم فلا يتسنى في صحيح القانون اعمال قاعدة اجرائية خصها المشرع بالمواد الجزائية في مجال اجراءات المواد المدنية»[١١٠].

وتصحيحا لهذا المسلك التشريعي، وتفاديا لتعرض احكام محكمة الاحالة الصادرة في المواد المدنية في المستقبل للنقض للمرة الثانية، بسبب سبق اشتراك أحد قضاتها في اصدار الحكم المنقوض كما حدث في القضية سالفة الذكر[١١١]، فاننا نقترح ان ينص المشرع الاماراتي في صلب قانون الطعن بالنقض في الباب الثاني منه المنظم للطعن بالنقض في المواد المدنية على هذا الحظر.

الهوامش

(١) "Elle juge la légalité des décisions qui lui sont déférérs sans juger les litiges à l'occasion des queles ces décissions ont été prononcécs".
Henri Simont: Des pourvois en cassation en matiére civile Thèse Bruxelles 1933. No. 2. p. 7.

(٢) "Juge L'arrét et non le procés"
Jacques Boré: La cassation en matiere civile, Paris Sirey-1980, No. 1037.

(٣) راجع : الدكتور أحمد السيد صاوي ـ نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية ـ دار النهضة العربية سنة ١٩٨٤ ـ بند ١، ٢ ص ٥ ـ ٧.

(٤) Peter Neu: Les pouvoirs de contrôle de la cour supréme. Thèse, Sarre 1956, No. 5 P. 5.

(٥) نص الدستوري المؤقت لدولة الإمارات العربية المتحدة الذي تم إعلانه في ١٩٧١/١٢/٢ على إنشاء المحكمة الاتحادية العليا في المادة ٩٥ منه، كما خصص المواد ٩٦، ٩٧، ٩٨، ٩٩، ١٠٠، ١٠١ لتنظيم أوضاع هذه المحكمة، كما صدر القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣ في شأن هذه المحكمة أيضاً.

ومن أجل تحقيق نوع من الإشراف على تطبيق القانون وتفسيره في دولة الإمارات العربية المتحدة، وتوحيد المبادىء القانونية التي تطبقها المحاكم، أضيف لاختصاصات المحكمة الاتحادية العليا، اختصاصاً مستحدثاً بالنظر في الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من المحاكم الاتحادية المدنية والجنائية، وقد صدر القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٧٨ بتنظيم حالات وإجراءات الطعن بالنقض أمام هذه المحكمة ـ انظر : بحث لنا بعنوان «توحيد القضاء وحسن تنظيمه وأثر ذلك في تحقيق القانون لأهدافه في دولة الإمارات العربية المتحدة» ـ منشور في أعمال ندوة دور القانون في دعم وتطوير المجتمع ـ التي نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، مارس سنة ١٩٨٦.

(٦) انظر الدكتور أحمد فتحي سرور ـ الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ـ الجزء الثالث ـ النقض الجنائي وإعادة النظر ـ سنة ١٩٨٠ دار النهضة العربية ـ ص ١٣ وما بعدها، الدكتور أحمد السيد صاوي ـ نطاق رقابة محكمة النقض ـ المصدر السابق ـ ص ٥ ـ ٦.

(٧) Jacques Boré: La cassation en matière civile- op. cit. No. 1037.

(٨) انظر : العميد الدكتور فتحي والي ـ الوسيط في قانون القضاء المدني ـ سنة ١٩٨٠ بند ٣٦٧ ص ٨١١، المستشار حامد فهمي والدكتور محمد حامد فهمي ـ النقض في المواد المدنية

والتجارية - سنة ١٩٣٧ - بند ٦ ص ٨ - ٩، المستشار أحمد جلال الدين هلالي - قضاء النقض في المواد المدنية والتجارية في التشريع المصري والمقارن - سنة ١٩٧٧ بند ١٢ ص ١٨، الدكتور أحمد السيد صاوي - المصدر السابق - بند ٢ ص ٦، الدكتور عبد العزيز خليل بديوي - الطعن بالنقض والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا - دراسة مقارنة رسالة للدكتوراه ص ٣ وص ٤ - الدكتور أحمد فتحي سرور - المصدر السابق - ج ٣ بند ٨ ص ١٩، الدكتور نبيل إسماعيل عمر - النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية - ١٩٨٠ - بند ٧ ص ١٢.

(٩) Francois Rigaux: la nature de contrôle de la cour de cassation - Bruxelles - 1966. No. 5. P. 10 ET S.

(١٠) الدكتور حمدي عبد المنعم - المرجع في شرح قانون الطعن بالنقض أمام المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة - سنة ١٩٨١ - ص ١٨.

(١١) انظر: Lord wilberforce: la chambre des Lords-Rev. Int. de dr. comp. No. 1 Paris 1978. P. 85. et s.

(١٢) انظر: Bora laskin: la cour supréme du Canda Rev. int. de dr. comp. No. 1 Paris 1978 P. 139 et s.

(١٣) انظر: Erwin, N. Griswold: la cour supréme des ETATS-UNIS. Rev. int. de dr. copm.: No. 1 Paris. 1978. P. 97. et s.

(١٤) راجع: الدكتور أحمد أبو الوفا - أصول المحاكمات المدنية - بمقتضى قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر سنة ١٩٣٣ وقوانين التنظيم القضائي اللبناني - الطبعة الثانية - بيروت سنة ١٩٧٩ - بند ٥٧٢ ص ٨١٠.

وتنص المادة ٧٣٤ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد مرسوم اشتراعي رقم ٩٠ - الصادر في ١٦ أيلول سنة ١٩٨٣ على أنه «في حالة نقض القرار المطعون فيه، لمحكمة النقض أن تفصّل مباشرة في موضوع القضية إذا كانت جاهزة للحكم، وإلا فإنها تعين موعداً لسماع المرافعات أو لإجراء ما تراه ضرورياً من تحقيق. وتطبق في هذه الحالة الأصول المتبعة لدى محكمة الاستئناف، وللخصوم أن يقدموا الطلبات والدفوع والوسائل الجديدة بقدر ما يجوز قبولها استئنافاً.

وتحكم محكمة النقض في القضية من جديد في الواقع والقانون باستثناء الجهات التي لم يتناولها النقض».

(١٥) انظر: المستشار أحمد جلال الدين هلالي - قضاء النقض - المصدر السابق - سنة ١٩٧٧ بند ٣٥ ص ٣٦ وبند ٥٢٤ ص ٤٨٨ و٤٨٩. وتنص المادة ١٥٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي الجديد رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ على أن «تفصل المحكمة في الطعن ولو في غيبة الخصوم. وإذا قضت بتمييز الحكم المطعون فيه كان عليها أن تفصل في الموضوع، إلا إذا كانت قد ميزت الحكم بسبب مخالفته لقواعد الاختصاص فإنها تقتصر على الفصل في مسألة الاختصاص مع تعيين المحكمة المختصة عند الاقتضاء. ولا يجوز الطعن بأي طريق من طرق الطعن فيما تصدره المحكمة من أحكام».

(١٦) انظر على سبيل المثال لا الحصر:

De la Grasserie (Raoul): De la fonction et des juridictions de cassation en législation comparée - Paris 1911 - P. 45 - P. 49.

- Scheyven: Traité pratique de pourvois en cassation - 2e édition 1885 - N. 364.

- Garsonnet (E.) et Cézar Bru (ch.): Traité théorique et pratique de procédure civile et

commercial - 3e édition 1915 - T.I.N. 88.

- Glasson (E.), Tissier (A.) et Morel (R.): Traité théorique et pratique d'organisation Judiciare, de compétence et de procédure civile - 3e édition 1929. T.I.P. 259 et s.

- الدكتور محمد حامد فهمي - محكمة النقض والإبرام - بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد - السنة الثانية - العدد الأول - ص ٨٠ وص ٨١، العميد الدكتور فتحي والي - الوسيط - طبعة سنة ١٩٨٠ - المصدر السابق بند ٣٨٧ - ص ٨٦٩، الدكتور عبد العزيز بديوي - الرسالة السابقة ص ٤٩ و٥٠ المستشار حامد فهمي والدكتور محمد حامد فهمي - المصدر السابق بند ٣٥٨ وما بعده - ص ٦٩٤ وما بعدها، الدكتور نبيل عمر - المرجع السابق ص ٤٢١ - ٤٢٤.

(١٧) راجع في ذلك: جرسونيه - المصدر السابق - الجزء الأول بند ٨٨، الدكتور محمد حامد فهمي - البحث السالف الذكر - بمجلة القانون والاقتصاد ص ٨١.

(١٨) انظر في ذلك: - La Cour judiciaire Suprême; Recherches panthéon. Sorbonne: université de Paris. 1. 1978, page 212 - 213.

مشار إليه في مؤلف الدكتور نبيل عمر - المصدر السابق - ص ٤٢١ - ٤٢٣.

(١٩) الدكتور نبيل عمر - النظرية العامة للطعن بالنقض - المصدر السابق ص ٤٢٤.

(٢٠) راجع في ذلك: - Marty (Gabriel): La distinction du fait et du droit, essai sur le pouvoir de controle de la cour de cassation sur les juges du fait, Thése Toulouse - 1929. P. 39. et s.

- المستشار حامد فهمي والدكتور محمد حامد فهمي - المصدر السابق بند ١٥ وما بعده ص ١٨ وما بعدها.

(٢١) انظر في ذلك: جلاسون وتيسيه - الجزء الأول - ص ٤٠ وما بعدها، الأستاذ حامد فهمي والدكتور محمد حامد فهمي - النقض في المواد المدنية والتجارية المصدر السابق - بند ٢٥ ص ٣٠ وص ٣١.

(٢٢) ومما هو جدير بالذكر أن البعض في الفقه الفرنسي نقد نظام النقض عندهم، وعاب عليه حرمانه محكمة النقض من التصدي للحكم فيما تقضي المصلحة بضرورة التصدي فيه، على أساس أن ما كان يشيع في النفوس عند إنشاء محكمة النقض على أنقاض مجلس الملك من الحرص على أصل الفصل بين السلطات ومن الخوف من تدخل هذه المحكمة الجديدة في التشريع، وما كان يغمر الصدور من الذعر من تصديها للفصل في موضوعات القضايا، على ما كان عليه الحال في عهد مجلس الملك، كل ذلك لم يبق له من أثر الآن، إذ تغيرت الأفكار وتطورت الأحوال وتبدلت النظم الاجتماعية - أنظر في ذلك: لاجراسري - المصدر السابق - ص ٤٩، وجلاسون وتيسيه وموريل - المرجع المشار إليه بند ٩٧٩.

(٢٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ فيما يتعلق بالمادة ٢٦٩ منه، أن المشروع رأى «تعديل الأحكام الخاصة بتصدي محكمة النقض للموضوع فاوجب عليها التصدى لموضوع الدعوى إذا نقضت الحكم المطعون فيه وكان الموضوع صالحا للفصل فيه، وذلك اقتصاداً في الإجراءات وتعجيلاً بالبت في النزاع، سواء كان نقض الحكم لخطأ في القانون أو لمخالفته الثابت بالأوراق أو لإغفاله مستنداً قاطعاً في الدعوى، وهكذا في كل حالة من حالات الطعن أياً كان سببه ما دام أنه من الممكن تصفية النزاع وحسمه بغير اتخاذ أي إجراء جديد، وغني عن البيان أنه لا يلزم أن يكون موضوع الدعوى صالحاً برمته للفصل فيه بل يكفي أن يكون صالحاً في شق منه، وهذا الشق تفصل فيه محكمة النقض وتحيل الشق الآخر إلى المحكمة التي أصدرت الحكم».

كما جاء في تقرير لجنة الشؤون التشريعية والقانونية بالمجلس الوطني الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة، عن مشروع القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٧٨ بتنظيم حالات وإجراءات الطعن بالنقض أمام المحكمة الاتحادية العليا، في شأن المادة ٢٥ من هذا القانون الخاصة بتنظيم تصدي محكمة النقض للفصل في موضوع الدعوى في المواد الجنائية أنه رؤي «بدلاً من أن تعيد المحكمة العليا الدعوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم للحكم فيها من جديد، أن تتصدى المحكمة العليا للفصل في الدعوى إذا كان موضوعها صالحاً للفصل فيه، وذلك تيسيراً على المتقاضين وحسماً للمنازعات في أقصر وقت».

وتنص المادة ٢٥ من القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٧٨ بتنظيم حالات وإجراءات الطعن بالنقض أمام المحكمة الاتحادية العليا على أنه:

« ١ ـ إذا لم يحصل الطعن وفقاً للأوضاع المقررة في المادة ٢٠ تحكم المحكمة بعدم قبوله.

٢ ـ وإذا كان الطعن مقبولاً وكان مبنياً على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله تصحح المحكمة الخطأ وتحكم بمقتضى القانون.

٣ ـ أما إذا كان الطعن مقبولاً وكان مبنياً على سبب آخر من أسباب الطعن المبينة في المادة ٢٠ تنقض المحكمة الحكم وتعيد الدعوى إلى المحكمة التي أصدرته لتحكم فيها من جديد مشكلة من قضاة آخرين ويجوز عند الاقتضاء إحالتها إلى محكمة أخرى.

ومع ذلك فإنه إذا كان موضوع الطعن صالحاً للحكم فيه أو كان الطعن للمرة الثانية، فإن المحكمة تتصدى للفصل فيه، وفي هذه الحالة تتبع الإجراءات المقررة أمام محكمة الموضوع عن الجريمة التي وقعت.

٤ ـ يسري البندان ٢، ٣ من هذه المادة على الأحكام التي تنقضها المحكمة الاتحادية العليا استناداً إلى الفقرة الثانية من المادة ٢٢».

(٢٤) أنظر حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١٩٦٠/٤/١٤ ـ منشور في مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض ـ ١١ ـ ص ٣٠٥، وانظر أيضاً نقض مدني مصري الصادر في ١٩٨٠/١٢/١٦ ـ الطعن رقم ٦٧٣ ـ السنة ٤٠ قضائية وقد قضت محكمة النقض في هذا الطعن بأنه «من المقرر أن قبول محكمة أول درجة الدفع بعدم اختصاصها نوعياً بنظر الدعوى والقضاء به، هو دفع شكلي لا تستنفذ به ولايتها في نظر الموضوع فإذا استؤنف حكمها وقضت محكمة الاستئناف بإلغائه وبرفض الدفع، وجب عليها أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل في موضوعها ومنه الدفع بعدم قبول الدعوى الذي لم تقل كلمتها فيه، فلم تواجه هذا الدفع أو ترد عليه، ومن ثم لم تستنفذ ولايتها للفصل فيه، وإذ تصدت محكمة الاستئناف للموضوع، وقضت في الدفع بعدم القبول فإنها تكون قد فوتت إحدى درجات التقاضي على الخصوم، مع أن مبدأ التقاضي على درجتين من المبادىء الأساسية للنظام القضائي التي لا يجوز للمحكمة مخالفتها ولا يجوز للخصوم النزول عنها».

(٢٥) راجع: الدكتور أحمد أبو الوفا ـ المرافعات المدنية والتجارية ـ الطبعة الثانية عشر ـ بند ٦٢٤، الأستاذ محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي ـ قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن سنة ١٩٥٨ ـ الجزء الثاني ـ بند ١٢٤٢ وما بعده ص ٨٨٨ وما بعدها، الدكتور رمزي سيف ـ الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ـ الطبعة الثامنة سنة ١٩٦٩ بند ١٨١ وما بعده ـ والطبعة السابعة سنة ١٩٦٧ ـ بند ٦٣٢ ص ٧٦٤ و٧٦٥ وهامشها، الأستاذ محمد كمال عبد العزيز ـ تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٧٨ ص ٤٦٦، وانظر أيضاً نقض مدني مصري ١٩٥٣/٥/٢١ منشور في المحاماة السنة ٣٥ ص ٢٣

وحكم محكمة استئناف القاهرة في ١٩٦٣/١/٣١ ـ منشور في المجموعة الرسمية ٦١ ص ٤٣.

(٢٦) ومن تطبيقات القضاء المصري في عدم جواز التصدي، ما قضت به محكمة النقض بأن «الاستئناف وفقاً لنص المادة ٢٣٢ من قانون المرافعات ينقل الدعوى إلى محكمة الدرجة الثانية بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف، ولا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تعرض للفصل في أمر غير مطروح عليها، وإذ كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن أدخل تابعه... ضامناً في الدعوى، وأن الحكم الابتدائي قضى في الدعوى الأصلية بالتعويض وفي الدعوى الفرعية بالضمان وأن المطعون عليها هي التي استأنفت الحكم في الدعوى الأصلية فقط طالبة زيادة التعويض المحكوم لها به على الطاعن فإن الاستئناف يكون قاصراً على قضاء الحكم في الدعوى الأصلية بالتعويض ولا يتناول قضاءه في دعوى الضمان، وإذ كانت دعوى الضمان مستقلة بكيانها عن الدعوى الأصلية ولا تعتبر دفاعاً ولا دفعاً فيها فإنه يمتنع على محكمة الاستئناف أن تعرض لدعوى الضمان المرفوعة من الضامن «الطاعن» أثناء نظر الاستئناف المرفوع من المطعون عليها عن الحكم الصادر في الدعوى الأصلية» ـ نقض مدني في ١٩٨٠/١٢/١٨ ـ الطعن رقم ٣ لسنة ٤٧ قضائية.

كما قضى بأن «الحكم المستأنف وإن حسم النزاع حول انقضاء دين الرهن عن طريق استهلاكه وفوائده من ريع الأرض المرهونة، إلا أنه لم يدل بعد بقولته الفاصلة بشأن ما يطالب به المستأنف عليهم من إلزام المستأنفين بأداء ما يدعونه من فائض هذا الريع بعد سداد أصل الدين وفوائده، ومن ثم يتعين لدى الفصل في الطعن المعروض التزام الحدود التي صدر في نطاقها الحكم المستأنف، وهي كفاية صافي الريع لتغطية دين الرهن وفوائده وذلك دون تجاوزها إلى البحث فيما إذا كان هناك فائض في الريع يستحقه المستأنف عليهم قبل المستأنفين، أو تحديد مقدار هذا الفائض، إذ في هذا التجاوز تصدي لما لم تفصل فيه محكمة أول درجة».

ـ انظر حكم محكمة استئناف بني سويف الصادر في ١٩٧٣/١/٦ ـ القضية رقم ٣٠ لسنة ١٠ قضائية.

(٢٧) انظر: الدكتور رمزي سيف ـ الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ـ المصدر السابق ـ الطبعة السابعة ـ بند ٦٣٢ ص ٧٦٥ وص ٧٦٦، وحكم محكمة النقض في ١٩٥٣/٣/٢٦ ـ المنشور في المحاماة السنة ٣٥ ص ١١٠، وحكم محكمة النقض الصادر في ١٩٨١/٤/٢ الطعن رقم ٥٦١ ـ السنة ٤٨ قضائية وقد أوضحت محكمة النقض في هذا الحكم أن قضاء المحكمة الاستئنافية ببطلان الحكم الابتدائي لعيب فيه أو في الإجراءات التي بني عليها يجعل من المتعين على المحكمة الاستئنافية التصدي لنظر موضوع الدعوى، وقد جاء في هذا الحكم «أنه وقد قضى الحكم المطعون فيه في أسبابه ببطلان الحكم المستأنف لعدم تمثيل النيابة العامة في الدعوى ـ وهو قضاء لم يطعن عليه أي من الخصوم ـ فلا عليه إن هو تصدى بعد ذلك للفصل في موضوع الدعوى، ذلك أن المحكمة الاستئنافية لا تملك عند القضاء ببطلان الحكم المستأنف لعيب فيه أو في الإجراءات التي بنى عليها أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة التي فصلت في موضوعها للنظر فيها لأنها إذ فصلت في موضوع الدعوى تكون قد استنفذت ولايتها عليها ويتعين على المحكمة الاستئنافية في هذه الحالة نظر الدعوى والفصل فيها».

(٢٨) نقض مدني في ١٩٧٣/١٢/١٩ ـ مجموعة المكتب الفني ـ ٢٤ ص ١٣١٠، ونقض مدني في ١٩٦٢/١١/١٥ ـ مجموعة المكتب الفني ـ ١٣ ـ ص ١٠١٢، ونقض مدني في ١٩٦٤/١١/٥ ـ مجموعة المكتب الفني السنة ١٥ ص ١٠٠٣ وقد جاء في هذا الحكم أنه «إذا

استنفذت محكمة أول درجة ولايتها بالحكم في موضوع الدعوى ورأت محكمة الاستئناف أن الحكم المستأنف باطل لعيب شابه أو شاب الإجراءات التي بني عليها لا يمتد لصحيفة افتتاح الدعوى التي انعقدت بها الخصومة صحيحة، فإنه يتعين على المحكمة الاستئنافية ألا تقف عند حد تقرير هذا البطلان والقضاء به، بل يجب عليها أن تمضي في الفصل في موضوع الدعوى بحكم جديد تراعي فيه الإجراء الصحيح الواجب الاتباع، فإذا اقتصرت منازعة المدين الصادر ضده أمر بالأداء على أن الدين غير مكتمل الشروط الواجب توافرها لاستصدار أمر بالأداء ولم تتناول ذات إجراءات طلب الأمر، فإن محكمة الاستئناف إذ مضت في نظر موضوع الدعوى بعد التقرير ببطلان أمر الأداء وبطلان الحكم المستأنف الصادر في المعارضة التي رفعها المدين بتأييد أمر الأداء لا تكون قد خالفت القانون».

(٢٩) انظر: نقض مدني في ١٩٧٧/٥/٣٠ في الطعن رقم ٤١٩ ـ السنة ٤٣، ونقض مدني في ١٩٧٣/٥/١٥ ـ مجموعة المكتب الفني ـ ٢٤ ـ ص ٧٤٨ وقد جاء في هذا الحكم أنه «لا وجه للتحدي بأنه وقد استنفذت محكمة أول درجة ولايتها على الدعوى في موضوعها، فإنه يتعين على محكمة الاستئناف إزاء ذلك ـ وقد قضت ببطلان الحكم المستأنف ـ أن تعرض للموضوع وتفصل فيه، إذ يشترط لذلك ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ ألا يكون الحكم المستأنف قد شابه عيب يمتد إلى صحيفة افتتاح الدعوى، فمتى كانت هذه الصحيفة باطلة لعدم إعلانها فإن الخصومة لا تنعقد بها، ومن ثم لا يترتب عليها إجراء أو حكم صحيح سواء كان ذلك أمام محكمة الدرجة الأولى أو محكمة الدرجة الثانية، ولا وجه للقول بأن الطاعن وقد حضر أمام محكمة الاستئناف وترافع في موضوع الدعوى وادعى بتزوير الشيك محل النزاع فإنه يكون قد نزل ضمناً على التمسك ببطلان إعلانه بصحيفة افتتاح الدعوى وعن الحكم الصادر لصالحه ببطلان الحكم الابتدائي، وهو فيما يقول المطعون ضده بطلان نسبي مقرر لمصلحة الطاعن، إذ أنه علاوة على أن دفاع الطاعن كان يقوم أصلاً أمام محكمة الاستئناف على التمسك ببطلان إعلانه بالدعوى، فإن من المقرر أن مبدأ التقاضي على درجتين هو من المبادىء الأساسية للنظام القضائي التي لا يجوز للمحكمة مخالفتها كما لا يجوز للخصوم أنفسهم الاتفاق على خلافها ولا لصاحب الشأن التنازل عنها... وإذا كان يترتب على عدم إعلان صحيفة الدعوى عدم انعقاد الخصومة، فإن مؤدى قضاء محكمة الاستئناف ببطلان تلك الصحيفة والحكم المستأنف المبني عليها ألا تبقى بعد ذلك خصومة مطروحة على المحكمة، ومن ثم فلا يسوغ لمحكمة الاستئناف أن تمضي بعد ذلك في نظر الموضوع بل يكون عليها أن تقف عند حد القضاء بالبطلان فإن هي جاوزت ذلك وقضت في الموضوع فإن قضاءها يكون وارداً على غير خصومة».

(٣٠) راجع: الأستاذ محمد كمال عبد العزيز ـ تقنين المرافعات ـ المصدر السابق ـ ص ٤٦٦ وص ٤٦٧، الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا ـ التعليق على نصوص قانون المرافعات سنة ١٩٧٩ ـ ص ٦٩٧، الأستاذ عز الدين الدناصوري والأستاذ حامد عكاز ـ التعليق على قانون المرافعات ـ الطبعة الثانية ـ سنة ١٩٨٢ ص ٧١٣ و ٧١٤.

(٣١) نقض مدني في ١٩٧٢/٥/٢٣ ـ مجموعة المكتب الفني ـ ٢٣ ـ ص ٩٨١.

(٣٢) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن الحكم بعدم الاختصاص لا يستنفذ ولاية المحكمة التي أصدرته بالنسبة لموضوع الدعوى، الأمر الذي يتعين على محكمة الاستئناف الوقوف عند حد إلغاء الحكم دون أن تفصل في الموضوع.

ـ انظر: نقض مدني في ١٩٦٠/٤/١٤ ـ مجموعة المكتب الفني س ١١ ص ٣٠٥، ونقض مدني في ١٩٧٢/٥/٢٣ ـ مجموعة المكتب الفني س ٢٣ ص ٩٨١.

وينبغي ملاحظة أنه بالنسبة للحكم بعدم الاختصاص الصادر من قاضي الأمور المستعجلة، هناك

اتجاه في القضاء والفقه يعتبره حكماً موضوعياً صادراً برفض الدعوى المستعجلة ولو كان مبنياً على انتفاء عنصر الاستعجال أو المساس بأصل الحق، ومن ثم فهو يستنفد ولاية قاضي الأمور المستعجلة وعلى محكمة الاستئناف أن تفصل في موضوع الدعوى إذا ألغت الحكم بعدم الاختصاص، انظر نقض مدني في ١٩٥٣/١٠/١٥ ـ مجموعة النقض ـ السنة الخامسة ـ العدد الأول ـ رقم ٣ ـ ص ٥٥ وقد جاء فيه: «إن محكمة ثاني درجة إذ قضت في موضوع الدعوى المستعجلة لم تكن بصدد حالة من حالات التصدي، بل كانت تفصل في استئناف عن حكم، وإن قضى في منطوقه بعدم الاختصاص إلا أنه أقام قضاءه بذلك على أسباب تناولت موضوع الطلبات بالدعوى المستعجلة ومن شأنها أن تؤدي إلى رفضها، ولما كانت هذه الأسباب تناولت موضوع الاستئناف... فإن استئناف الحكم في هذه الحالة يكون قد نقل إلى محكمة ثاني درجة موضوع الدعوى المستعجلة بجميع عناصره».

ونقض مدني ١٩٥٥/١/٢٠ ـ المجموعة ـ السنة ٦ ـ العدد ٢ ـ رقم ٦٤ ص ٥١٥، وقد جاء فيه: «متى كان الحكم وإن قضى في منطوقه بعدم الاختصاص أقام قضاءه في ذلك على أن تصدي قاضي الأمور المستعجلة لتفسير سند الوكالة لتعرف حدوده ومداه مما يمتنع عليه لمساسه بأصل الحق، فإن استئناف هذا الحكم ينقل إلى المحكمة الاستئنافية الدعوى المستعجلة بكافة عناصرها وهما: الاستعجال، وإن المطلوب إجراء لا يمس الحق، وهما مناط الاختصاص، ولازم ذلك أن يكون موضوع الدعوى المستعجلة بركنيها مطروحاً حتماً على محكمة الدرجة الثانية لتفصل فيه وهي تقضي في مسألة الاختصاص التي هي في حقيقتها الدعوى المستعجلة نفسها، وإذ تفعل ذلك لا تكون بصدد حالة من حالات التصدي».

ونقض مدني في ١٩٧٧/١٢/٢١ ـ الطعن رقم ٣٩٥ ـ لسنة ٤٢ قضائية، وقد جاء فيه أنه إذا رفعت الدعوى باجراء وقتي لقاضي الأمور المستعجلة وتبين له أن الفصل فيه يقتضي المساس بالحق أو أن الاستعجال مع خشية فوات الوقت غير متوافر قضى بعدم اختصاصه بنظر الدعوى، وبهذا القضاء تنتهي الخصومة أمامه... وانظر في هذا الاتجاه: الدكتور أحمد مسلم ـ الاختصاص والموضوع في قضاء الأمور المستعجلة ـ بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ـ السنة الثلاثين ـ العدد الأول ـ مارس سنة ١٩٦٠ ـ ص ٨٩، وأصول المرافعات ـ نشر دار الفكر العربي ـ سنة ١٩٧١ بند ٢٣٤ ص ٢٥٤ و٢٥٥ حيث يرى «أن مسألة الاختصاص ترتبط لدى القضاء المستعجل بالموضوع (اي موضوع الدعوى المستعجلة)، ارتباطاً وثيقاً، فبينما في الدعوى العادية تعتبر مسألة الاختصاص أمراً متميزاً عن الموضوع بمعني أن الفصل فيها لا يدل على رأي ما في الموضوع تعتبر مسألة الاختصاص في الدعاوي المستعجلة أمراً قاطعاً في الموضوع إذا حكم بعدم الاختصاص، إذ يكون ذلك مرادفاً لرفض الدعوى، وتبدو أهمية هذه المسألة في شأن الاستئناف، إذ من المقرر في استئناف الحكم الصادر بعدم الاختصاص في الدعوى العادية أن المحكمة الاستئنافية تفصل في مسألة الاختصاص وحدها دون أن يكون لها أن تتصدى للموضوع ما دامت محكمة الدرجة الأولى لم تتعرض له بشيء إذ حكمت بعدم الاختصاص بينما يجب في استئناف الحكم الصادر بعدم الاختصاص من القضاء المستعجل أن تفصل المحكمة الاستئنافية في مسألة الاختصاص وفي موضوع الدعوى كذلك إن هي قضت باختصاص القضاء المستعجل بها».

وانظر في هذا الاتجاه أيضاً: الدكتور فتحي والي ـ الوسيط في قانون القضاء المدني ـ نشر دار النهضة العربية ـ سنة ١٩٨٠ ـ بند ١٦٣ مكرر ص ٢٩١ وبند ١٨٨ ص ٣٣٠ وما بعدها.

وانظر في نقد هذا الاتجاه: الدكتور رمزي سيف الوسيط شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ـ سنة ١٩٦٩ ـ ص ٢٨٤، الدكتورة أمينة النمر ـ مناط الاختصاص والحكم في الدعاوي المستعجلة ـ

رسالة للدكتوراه طبعة سنة ١٩٧٤ ـ بند ١٩٢ ص ٣١١، الدكتور إبراهيم نجيب سعد القانون القضائى الخاص ـ الجزء الأول ـ بند ١٧٧ ص ٤٣٢ ـ ٤٣٦.

(٣٣) انظر : نقض مدني في ١٩٥٦/٦/٢١ ـ مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض ـ السنة ٧ ص ٧٥١ ـ وقد جاء فيه أن «الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى بعدم جواز الأخذ بالشفعة هو حكم في صميم موضوع دعوى الشفعة وحاسم للخصومة فيها، وقد استنفذت به تلك المحكمة ولايتها في الخصومة، ويتعين على محكمة الاستئناف عند نظر الاستئناف المرفوع عن هذا الحكم أن تبحث الدعوى وتقضي فيها برأي على أساس ما قدمه لها الخصوم من أدلة ودفوع وأوجه دفاع جديدة فضلاً عما قدم من ذلك إلى محكمة الدرجة الأولى، ولا يجوز لمحكمة الاستئناف إن هي قضت بإلغاء هذا الحكم أن تعيد القضية لمحكمة أول درجة لبحث الصورية التي طعن بها على عقد المشتري الثاني والفصل في موضوع الدعوى».

كما قضت محكمة النقض أيضاً بسقوط الحق في الشفعة لسبب من الأسباب الواردة في القانون المدني في باب الشفعة هو قضاء في الموضوع وارد على أصل الحق المطالب به، وتستنفذ محكمة الدرجة الأولى بهذا القضاء ولايتها في موضوع الدعوى، ولا يغير من الأمر أن يكون سند الحكم بسقوط الحق في الشفعة هو بطلان إعلان أحد الخصوم ذلك لأن هذا البطلان ليس هو الغاية من الدفع به، وإنما هو مجرد وسيلة للوصول إلى القضاء بسقوط حق المدعي في الشفعة على اعتبار أن الميعاد المحدد لطلبها قضاء قد انقضى دون أن ترفع على البائع والمشتري وفقاً لما يتطلبه القانون، ومن ثم فلا يصح النظر إلى هذا البطلان مستقلاً عن الغاية من التمسك به والأثر المترتب عليه ـ نقض مدني في ١٩٦٥/١٢/٣٠ ـ مجموعة المكتب الفني ـ السنة ١٦ ص ١٣٨٤.

(٣٤) الدكتور فتحي والي ـ الوسيط ـ المصدر السابق ـ بند ٢٨٢ ص ٥٥٢ وص ٥٥٣ ومبادىء قانون القضاء المدني سنة ١٩٧٥ ـ بند ٢٨٢ ص ٤٤١، الدكتور وجدي راغب ـ مبادىء الخصومة المدنية ـ الطبعة الأولى ١٩٧٨ ـ ص ٢٢٢ و٢٢٣، الأستاذ محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي ـ قواعد المرافعات ـ المصدر السابق ـ ج ٢ ـ بند ٧٨٨ ص ٣٠٧. وقارن : الدكتور عبد المنعم الشرقاوي ـ نظرية المصلحة في الدعوى ـ رسالة للدكتوراه ـ القاهرة سنة ١٩٤٧ ـ بند ٣٨١ ص ٤١٢، وشرح قانون المرافعات الجديد سنة ١٩٧٦ بالاشتراك مع الدكتور عبد الباسط جميعي ـ ص ١١٢، والدكتور رمزي سيف ـ الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ١٩٧٠ ـ بند ٢٥٧ ص ٤٢٧، وأيضاً نقض مدني في ١٩٧٤/١/١٠ السنة ٢٥ ص ١٣٩ وقد جاء به أنه : «متى كانت محكمة أول درجة قد حكمت بعدم قبول الدعوى وكان هذا القضاء منها هو قضاء في الموضوع فإنها تكون قد استنفذت به ولايتها في الفصل في موضوع الدعوى، ويكون الاستئناف المرفوع عن هذا الحكم قد طرح الدعوى بما احتوته من طلبات وأوجه دفاع على محكمة الاستئناف في حدود طلبات المستأنف، فإن ألغت محكمة الاستئناف الحكم الصادر في الدفع وقضت برفض الدعوى فإنها لا تكون قد خالفت القانون».

وقد طبقت محكمة النقض هذا المعنى بالنسبة لعدم القبول لانتفاء الصفة (نقض ١٩٦٧/١٢/٥ س ١٨ ص ١٨٠٣، ١٩٧٠/١/٧ س ٢١ ص ١٨، ١٩٧١/٤/٢٢ س ٢٢ ص ٥٥٣، ١٩٧٧/٢/٢ الطعن ٣٢٥ س ٤٠)، أو لرفع الدعوى قبل الأوان (نقض ١٩٦٦/٦/١ س ٧ ص ١٢٩٦، ١٩٦٧/٦/٢٢ س ١٨ ص ١٣٣٩، ١٩٦٨/٦/٢٨ س ١٩ ص ٤٠٩)، أو لانتفاء المصلحة (نقض ١٩٧٥/٢/١٢ س ٢٦ ص ٣٦٤)، أو للجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق (نقض ١٩٧١/٤/٢٢ السنة ٢٢ ص ٥٥٩)، أو لعدم القبول لسبق الفصل في الموضوع (نقض

١٩٥١/٥/٣ - س ٢ ص ٧٧٥)، أو لانقضاء الدعوى بالتقادم (نقض ١٩٧٠/١/٧ س ٢١ ص ١٨).

(٣٥) انظر في ذلك :

- Dumas: L'évolution de L'évacation en matière civile Thèse Rennes - 1968, P. 50.
- Carles: L'évocation en matière civile. These Caen. 1934, P. 20.
- Normand: Le juge et le litige. Thèse, Lille, 1965. P. 260. et s.
- Loisel: Emploi optimal de la notion d'evocation en droit de procédure civile. J.C.P. 1971. I. 2432.
- Meurisse: Effet dévolutif de L'appel, évocation, plénitude de juridiction. Gaz. Pal. 1950. I. Doct. P. 2.
- Vincent: Les effets de L'appel et les reformes récentes de la procédure civile. D. 1974. 212.
- Motulsky: Les rapports entre L'effet dévolutif de l'appel et d'évocation. J.C.P. 1958. I. No. 1423.

- الدكتور نبيل إسماعيل عمر - الطعن بالاستئناف وإجراءاته في المواد المدنية والتجارية - سنة ١٩٨٠ - بند ٣٨٠ وما بعده ص ٦٤٥ وما بعدها، وأيضاً النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية - المصدر السابق نفسه - بند ٢١٤ ص ٤١٢ وما بعدها.

(٣٦) - Vincent: Précis de procédure civile 18 éme, éd. P. 812.

(٣٧) - Réq. 18 - 4 - 1977. D. 1979, 283.

(٣٨) - Cass. Civ. 15 - 4 - 1970. J.C.P. 1970. 11. 16487.

(٣٩) - Normand: Le juge et le litige - Thése precitée - P. 260 et s.
- Dumas: L'évolution de l'évocation en matiére civile - Thèse Précitée - P. 50.

(٤٠) تنص هذه المادة على أنه «إذا طعن أمام محكمة الدرجة الثانية بالاستئناف في حكم صادر باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق، أو في حكم صادر بالفصل في دفع من الدفوع الإجرائية، وكانت مثل هذه الأحكام قد أنهت الخصومة، فإن المحكمة تستطيع أن تتصدى لنظر جميع المسائل التي لم يفصل فيها، إذا رأت أن مصلحة العدالة تقتضي ذلك، ولها في سبيل ذلك أن تأمر باتخاذ ما يلزم من إجراءات التحقيق. ولا يعرقل التصدي أعمال المواد ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٦٣ إلى ٥٦٧». وهذا هو النص الفرنسي لهذه المادة.

"Lorsque la cour d'Appel est saisie d'un jugement qui a ordonné une mesure d'instruction, ou d'un jugement qui, statuant sur une exception de procédure, a mis fin d'instence, elle peut évoquer les points non jugé si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution definitive, après avoir ordenné elle-même, le cas echéant, une mesure d'instruction.

L'évocation ne fait pas obstacle à l'application des articles 554, 555 et 563 à 567."

(٤١) وينبغي ملاحظة أنه وفقاً للمادة ٥٦٨ من قانون المرافعات الفرنسي، لمحكمة الاستئناف أن تلجأ إلى استعمال رخصة التصدي في حالتين : الأولى : إذا كان الحكم المطعون فيه بالاستئناف قد صدر بشأن اتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق : ورغم أن الاستئناف المباشر للأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ممنـــوع بمقتضى المادة ٥٤٥ من قانون المرافعات الفرنسي إلا أنه من ناحية أخرى يستخلص من المادة ٥٤٤ مرافعات فرنسي أن الأحكام التي تفصل في جزء من منطوقها Dispositif في أصل الحق وتأمر في ذات الوقت باتخاذ إجراء من الإجراءات التحفظية Une Mesure Provisoire ، هذه الأحكام يمكن الطعن فيها مباشرة Immédiatement بالاستئناف، مثلها في ذلك مثل الأحكام الفاصلة في الموضوع، ويطبق نفس الحل على الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول أو في أي مسألة عارضة إذا كان

هذا الحكم قد أنهى الخصومة أمام محكمة أول درجة.

إذن يقتضي التصدي المنصوص عليه في المادة ٥٦٨ في هذه الحالة أن يكون هناك طعن بالاستئناف أمام محكمة الاستئناف في حكم مختلط mixte ، أو أن يكون الرئيس الأول للمحكمة الاستئنافية قد رخص برفع استئناف مباشر عن الحكم الفرعي الصادر من محكمة أول درجة، ومن أمثلة ذلك ما تنص عليه المادة ٢٧٢ من قانون المرافعات الفرنسي أن الحكم الصادر بإجراء الخبرة بصدد مسألة معينة، يمكن الطعن فيه بالاستئناف استقلالاً عن الحكم الصادر في الموضوع، بناء على ترخيص من الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف إذا وجدت مبررات قوية تبرر رفع هذا الطعن للمحكمة الاستئنافية.

والحالة الثانية: هي حالة ما إذا كان الطعن بالاستئناف منصبا على حكم صادر في دفع من الدفوع المتعلقة بالإجراءات إذا ما أدى هذا الحكم إلى إنهاء الخصومة أمام محكمة أول درجة، ومثال ذلك حالة بطلان الإجراءات التي بني عليها الحكم.

ويلاحظ أيضاً أنه يشترط لتصدي محكمة الاستئناف للموضوع وفقاً للمادة ٥٦٨ من قانون المرافعات الفرنسي، أن تقدر محكمة الاستئناف أن من حسن سير العدالة La Bonne Justice أن تعطي حلاً نهائياً للنزاع، وتستخلص محكمة الاستئناف ذلك من وقائع النزاع بمطلق سلطتها التقديرية - انظر: الدكتور نبيل إسماعيل عمر - الطعن بالاستئناف وإجراءاته - المصدر السابق - بند ٣٨٣ - ٣٨٦ ص ٦٥٠ - ٦٥٤.

(٤٢) تنص المادة ٨٩ مرافعات فرنسي على أنه إذا اتضح أن محكمة الاستئناف المطعون أمامها بهدف تحديد المحكمة المختصة، هي ذاتها محكمة الاستئناف المختصة بالنسبة للمحكمة التي تراها مختصة بالنظر في النزاع المطروح أمامها، فإن هذه المحكمة تستطيع التصدي لنظر موضوع الدعوى إذا رأت أن من مصلحة العدالة حسم هذا النزاع، حتى ولو احتاج الأمر أن تأمر هي باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق.

"Lorsque la cour est juridiction d'appel relativement à la juridiction qu'elle estime compétente, elle peut évoquer le fond si elle estime de Bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive après avoir ordonnée elle - méme, le cas échéant, une mesure d'instruction".

وتنص المادة ٨٠ مرافعات فرنسي في فقرتها الأولى على أنه إذا حكم القاضي - قاضي أول درجة - في مسألة الاختصاص دون أن يفصل في الموضوع، فإن هذا الحكم لا يمكن الطعن فيه بطريق المعارضة، حتى ولو حسم قاضي أول درجة مسألة تتعلق بالموضوع ولكن كان حسمها ضرورياً نظراً لتعلقها بمسألة الاختصاص:

"Lorsque le juge se prononce sur la compétence sans statuer sur le fond du litige, sa décision ne peut étre attaquée que par la voie du contredit, quand bien même le juge aurait tranché la question de fond dont depend la compétence".

وتنص هذه المادة أيضاً في فقرتها الثانية على أنه استثناء من حالات الخبرة، فإن طريق الطعن بالمعارضة يكون هو الواجب الاتباع إذا قضي حكم أول درجة في مسألة متعلقة بالاختصاص واتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق أو إجراء وقتي:

"Sous réserve des régles particuliers à l'expertise, la décision ne peut pareillement être attaquée du chef de la compétence que par la voie du contredit lorsque le juge se prononce sur la compétence et ordonne une mesure d'instruction ou une mesure provisoire".

(٤٣) أوجد المشرع الفرنسي سنة ١٩٥٨ نظام Le contredit لأجل تصفية المشاكل الناجمة عن مسائل الاختصاص، وبمقتضى هذا النظام يجوز الاعتراض على الأحكام الصادرة من محاكم أول درجة

في مسائل الاختصاص والإحالة للارتباط أو لقيام ذات النزاع أمام محكمتين، أمام محكمة الاستئناف في خلال ميعاد معين يبدأ من تاريخ صدور الحكم، بحيث لا يجوز استمرار نظر الدعوى - بعد الحكم باختصاص المحكمة بنظرها - إلا بعد فوات ميعاد الاعتراض، أو بعد الحكم في هذا الاعتراض حسب الأحوال (انظر المواد ٨٠ وما يليها من قانون المرافعات الفرنسي). ولا يأخذ قانون المرافعات المصري بهذا النظام، وإنما تلتزم المحكمة عند الحكم بعدم الاختصاص بالإحالة إلى المحكمة المختصة، إعمالاً للمادة ١١٠ من هذا القانون والتي تنص «على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة ولو كان عدم الاختصاص متعلقاً بالولاية، ويجوز لها عندئذ أن تحكم بغرامة لا تجاوز عشرة جنيهات. وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها».

وفي فرنسا ينصب الطعن بطريق Le contredit أمام محكمة الاستئناف على المنازعة في اختصاص محكمة أول درجة، وقد كانت سلطات محكمة الاستئناف في هذه الحالة تنحصر في تعيين المحكمة المختصة بالنزاع، ولكن بعد صدور قانون المرافعات الفرنسي الجديد سنة ١٩٧٥ وتعديل بعض نصوص هذا القانون سنة ١٩٧٦، أصبح لمحكمة الاستئناف إمكانية توسيع سلطاتها وإعمال حقها في التصدي لنظر الموضوع بمناسبة الطعن بطريق الاعتراض إذا كان حسن سير العدالة يقتضي ذلك وكانت المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع تتبع محكمة الاستئناف التي تنظر الاعتراض، وذلك توفيراً للوقت والإجراءات، وعلى تقدير احتمال عودة القضية في النهاية إلى محكمة الاستئناف بعد الفصل فيها من محكمة الدرجة الأولى - (انظر: الدكتور أحمد أبو الوفا - نظرية الدفوع في قانون المرافعات - الطبعة السابعة سنة ١٩٨٥ - بند ٨٩ ص ١٩٧ وأيضاً نظرية الأحكام في قانون المرافعات - الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٠ بند ٣٢٥ وما بعده ص ٦٠٢ وما بعدها).

ويشترط لكي تتصدى محكمة الاستئناف لنظر الموضوع بمناسبة الطعن في حكم أول درجة المتعلق بالاختصاص بطريق Le Contredit وفقاً للمادة ٨٩ من قانون المرافعات الفرنسي، أن يرفع طعن بالفعل أمام هذه المحكمة بهذا الطريق، وأن تكون المحكمة الاستئنافية المرفوع إليها هذا الطعن هي محكمة الدرجة الثانية بالنسبة لمحكمة الدرجة الأولى التي سوف ترى محكمة الاستئناف أنها هي المختصة كمحكمة أول درجة بنظر النزاع على ألا يكون موضوع النزاع بحسب قيمته أو بحسب طبيعته يحكم فيه من محاكم الدرجة الأولى بصفة انتهائية، كما ينبغي أن يكون موضوع النزاع أي موضوع الطلب الأصلي الذي تهدف محكمة الاستئناف إلى التصدي له لحسمه، قد خضع أمام محكمة أول درجة على الأقل لمناقشة متبادلة Fait l'objet d'une discussion contradicloire ، وأن تكون القضية مهيأة لكي تتلقى حكماً نهائياً حاسماً للنزاع أمام محكمة ثاني درجة - انظر:

- Giverdon: La procédure de réglement des excéptions d'incompétence, de litiependance et de connixité, D. 1973, P. 155 et s.

- H. Solus et R. Perrot: Droit judiciaire privé, T.II, 1973, P. 810

الدكتور نبيل إسماعيل عمر - الطعن بالاستئناف وإجراءاته - المصدر السابق - بند ٣٨٩ ص ٦٥٦ - ٦٥٧.

(٤٤) تنص هذه المادة من قانون المرافعات الفرنسي على أنه إذا ألغت محكمة الاستئناف حكم أول درجة المطعون فيه بالاستئناف، وكان الإلغاء منصباً على جزء الحكم المتعلق بالاختصاص، فإنها تفصل رغم هذا في الموضوع بأكمله، إذا كان الحكم المطعون فيه قابل للاستئناف في جميع أجزائه، وكانت محكمة الاستئناف هي محكمة الدرجة الثانية بالنسبة لمحكمة الدرجة الأولى التي تراها مختصة فعلاً.

وفي الأحوال الأخرى، فإن محكمة الاستئناف إذا ألغت حكم أول درجة في الجزء المتعلق بالاختصاص فإنها تلتزم بإحالة النزاع إلى المحكمة التي تراها مختصة، وهذا الحكم - حكم الإحالة - يفرض على الأطراف وعلى محكمة الإحالة.

"Lorsque la cour infirme du chef de la competence, elle statue néanmoins sur le fond du litige si la décision attaquée est susceptible d'appel dans l'ensemble de ses dispositions et si la cour est juridiction d'appel relativement à la juridiction qu'elle estime compétente.

Dans les autres cas, la Cour, en infirmant du chef de la compétence la décision attaquée, renvoi l'affaire devant la Cour qui est juridiction d'appel, relativement à la juridiction qui eût été compétente, en premiére instance, cette décision s'impose aux parties et à la Cour de revoie".

(٤٥) ينبغي ملاحظة الاختلاف بين معنى الأثر الناقل للاستئناف L'effet devolutif de L'appel ومعنى الحق في التصدي Le droit d'évocation ، فالأثر الناقل للاستئناف يستوجب أن يلتزم قاضي المحكمة الاستئنافبة بالفصل فيما تم نقله إليه بواسطة الطعن بالاستئناف، ويتحدد هذا الأثر بما طرح على قاضي أول درجة وفصل فيه بالفعل وحدث طعن بالنسبة له، وهذا الأثر إجباري بالنسبة لمحكمة الاستئناف، إذ هي تلتزم بحسم النزاع المنقول إليها دون أن تستطيع إحالته إلى محكمة أول درجة مرة أخرى.

أما الحق في التصدي، فبمقتضاه تتولى محكمة الاستئناف الفصل في موضوع لم يطرح عليها أصلاً، وهو في فحواه مجرد رخصة، لها أن تلجأ إليها أو تتجاهلها، وليس إجبارياً على محكمة الاستئناف أن تتصدى لموضوع لم يطرح عليها، وإنما لها أن تعيد النزاع مرة ثانية إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل فيما لم تفصل فيه هذه المحكمة، وذلك احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين.

انظر الدكتور نبيل عمر - الطعن بالاستئناف وإجراءاته - المصدر السابق - بند ٣٨١ ص ٦٤٧ وص ٦٤٨، وأيضاً النظرية العامة للطعن بالنقض - المرجع السابق بند ٢١٤ ص ٤١٥ وص ٤١٦.

(٤٦) الأستاذ حامد فهمي والدكتور محمد حامد فهمي - النقض في المواد المدنية والتجارية - المصدر السابق - بند ٣٥٩ ص ٦٩٦ وهامش رقم (١) بها.

(٤٧) انظر: الأستاذ حامد فهمي والدكتور محمد حامد فهمي - النقض في المواد المدنية والتجارية - المصدر السابق - بند ٣٨٢ وما بعده ص ٧٣٤ وما بعدها، الدكتور نبيل عمر - النظرية العامة للطعن بالنقض - المرجع السابق - بند ٢١٥ ص ٤١٧، الأستاذ عبد المنعم حسني - طرق الطعن في الأحكام المدنية والتجارية - الجزء الثاني - التماس إعادة النظر والنقض - الطبعة الثانية سنة ١٩٨٣ - بند ١٢٦٢ ص ١٢٠٢.

(٤٨) انظر المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري الحالي فيما يتعلق بالمادة ٢٦٩ منه.

(٤٩) الدكتور نبيل عمر - النظرية العامة للطعن بالنقض - المصدر السابق بند ٢١٩ ص ٤٢٦.

(٥٠) الدكتور نبيل عمر الإشارة السابقة، وينبغي ملاحظة أن الفقه المصري في ظل قوانين المرافعات السابقة كان يرى أن الحكم الصادر برفض الطعن بالنقض أو بعدم قبوله لا يمنع من جواز الطعن في الحكم المطعون فيه (الذي رفض طلب نقضه أو لم يقبل) بطريق الالتماس، لاختلاف طبيعة الطعنين ومغايرة وجوههما واحتمال ظهور وجوه الالتماس بعد الحكم برفض الطعن بطريق النقض - الأستاذ محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي - قواعد المرافعات - المصدر السابق - الجزء الثاني - بند ١٣٩٣ ص ١٠١٣، والأستاذ حامد فهمي والدكتور/ محمد حامد فهمي النقض في المواد المدنية والتجارية - المرجع السابق بند ٣٢٧ ص ٣٤٦.

(٥١) ولا يستثنى من ذلك سوى الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من

قانون المرافعات المصري وهي حالة قيام سبب من أسباب عدم الصلاحية المنصوص عليها في المادة ١٤٦ في أحد المستشارين الذين أصدروا الحكم فيعرض الأمر على نفس المحكمة التي تأمر بإلغاء الحكم وإعادة نظر الطعن أمام دائرة أخرى وهو ما يعرف بسحب الحكم، وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري السابق فيما يتعلق بالمادة ٣١٤ التي تقابل المادة ١٤٧ من القانون الحالي أنه «زيادة في الاصطيان والتحوط لسمعة القضاء نص على أنه إذا وقع هذا البطلان في حكم صدر من محكمة النقض جاز للخصم أن يطلب منها سحب الحكم وإعادة نظر الطعن، وهذا استثناء من الأصل العام الذي يجعل أحكام محكمة النقض بمنحى من الطعن».

(٥٢) لم يرد نص مماثل لهذا النص في القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٧٨م بتنظيم حالات وإجراءات الطعن بالنقض أمام المحكمة الاتحادية العليا، ولكن وفقاً للمادة ٣٣ من هذا القانون فإن أحكام القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣ في شأن المحكمة الاتحادية العليا تسري فيما لم يرد به نص خاص في القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٧٨.

(٥٣) انظر: نقض مدني مصري في ١٩٣٥/٦/٢٠ منشور في المحاماة ١٦ ص ٢٧٧، ونقض مدني في ١٩٦٥/١١/٤ مجموعة المكتب الفني السنة ١٦ ص ٩٧٣ وقد جاء به أنه «لا سبيل للطعن بأي طريق في الأحكام الصادرة من محكمة النقض إذ هي أحكام باته وقد نصت المادة ٢٧ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ في شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض (المقابلة للمادة ٢٧٢ مرافعات جديد) على أنه لا تجوز المعارضة في أحكام محكمة النقض الغيابية ولا يقبل الطعن في أحكامها بطريق التماس إعادة النظر، واغتنى المشرع عن النص على منع الطعن في أحكام محكمة النقض بسائر طرق الطعن الأخرى العادية وغير العادية لعدم إمكان تصور الطعن بها على تلك الأحكام، ولم يستثن المشرع من ذلك الأصل إلا ما أورده في المادة ٣١٤ من قانون المرافعات (المقابلة للمادة ١٤٧ جديد) من جواز الطعن ببطلان الحكم الصادر من محكمة النقض إذا قام بأحد القضاة الذين أصدروه سبب من أسباب عدم الصلاحية المنصوص عليها في المادة ٣١٣ من هذا القانون (المقابلة للمادة ١٤٦ جديد)، وذلك زيادة في الاصطيان والتحوط لسمعة القضاء».

ونقض مدني ١٩٦٥/١٢/٧ ـ السنة ١٦ ص ١١٩٥ وقد جاء به أن «أحكام محكمة النقض لا تقبل الطعن بأي مطعن ولا يجوز تعييبها أمام محكمة الإحالة».

ونقض مدني ١٩٦٩/١٢/٢ ـ السنة ٢٠ ص ١١٢٧، والذي قضت فيه بأن عدول محكمة النقض عن مبدأ قانوني لا يصلح سبباً للطعن، وقد جاء في هذا الحكم أن «المادة ٢٧ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ في شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض (المقابلة للمادة ٢٧٢ من قانون المرافعات الحالي) إذ قضت بأنه لا تجوز المعارضة في أحكام محكمة النقض الغيابية، ولا يقبل الطعن في أحكامها بطريق التماس إعادة النظر، فإنما دلت على أن المشرع قد منع الطعن في أحكام محكمة النقض بسائر طرق الطعن الأخرى العادية وغير العادية، لعدم إمكان تصور الطعن بها على تلك الأحكام اعتباراً بأنها تعد أحكاماً باتة قاطعة وليس من سبيل إلى تعييبها أو الطعن فيها إلا بقدر ما خول لمحكمة النقض من حق إعادة النظر في الأحكام الصادرة منها في حالة قيام سبب من أسباب عدم الصلاحية بأحد قضاتها الذين أصدروا الحكم وفق المادتين ٣١٣ و٣١٤ من قانون المرافعات السابق (المقابلتان للمادتين ١٤٦ و١٤٧ من القانون الحالي)، وإذا كان ما ينعاه الطالب على الحكم الصادر من محكمة النقض من أنه تضمن العدول عن مبدأ قانوني قررته أحكام سابقة وصدر الحكم دون إحالة إلى الهيئة العامة المختصة على خلاف ما تقضي به المادة الرابعة من القانون ٥٦ لسنة ١٩٥٩ هو نعي لا يندرج ضمن أسباب عدم الصلاحية المنصوص عليها على سبيل التحديد والحصر في المادة ٣١٣ من

قانون المرافعات السابق (المقابلة للمادة ١٤٦ جديد) فإن الطلب لهذا السبب يكون غير مقبول».

ونقض مدني في ١٩٧٠/٦/١١ ـ السنة ٢١ ص ١٠٣١، وقد قضت فيه بأن الغش لا يصلح سبباً للطعن في أحكام النقض، وقد جاء في هذا الحكم أن «الغش لا يعتبر سبباً لإلغاء الأحكام الانتهائية عن طريق رفع دعوى مستقلة أو في صورة دفع لدعوى مبتدأة، وإنما هو سبب لالتماس إعادة النظر فيها، وهذا الطريق لا يقبل في أحكام محكمة النقض التي لا يجوز الطعن فيها بأي طريق عن طرق الطعن وهي نهاية المطاف في الخصومة».

ونقض مدني في ١٩٧٠/٦/٣٠ ـ السنة ٢١ ص ١٠٩٢، وقد جاء فيه أنه «لما كانت المادة ٢٧٢ من قانون المرافعات تنص على أنه « لا يجوز الطعن في أحكام محكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن» فقد أفادت بذلك ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ أن محكمة النقض هي خاتمة المطاف في مراحل التقاضي وأحكامها باتة ولا سبيل إلى الطعن فيها، وأن المشرع اغتنى عن النص على منع الطعن في أحكام محكمة النقض بسائر طرق الطعن عادية أو غير عادية لعدم إمكان تصور الطعن بها على أحكام هذه المحكمة، ولم يستثن المشرع من ذلك الأصل إلا ما أورده في الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من قانون المرافعات من جواز الطعن ببطلان الحكم الصادر من محكمة النقض إذا قام بأحد القضاة الذين أصدروه سبب من أسباب عدم الصلاحية المنصوص عليها في المادة ١٤٦ من هذا القانون، وذلك زيادة في الاصطيان والتحوط لسمعة القضاء. لما كان ما تقدم وكان الطالب لا يستند في دعواه إلى سبب يندرج ضمن أسباب عدم الصلاحية المنصوص عليها على سبيل التحدي والحصر في المادة ١٤٦ من قانون المرافعات سالفة البيان، فإن دعواه تكون غير مقبولة».

وأيضاً نقض مدني ١٩٧٢/٤/٢٠ ـ السنة ٢٣ ص ٦١٩، ونقض مدني ١٩٨١/٢/٢٦ ـ الطعن ١٦٥٠ لسنة ٤٩ق وقد جاء في هذا الحكم أن «المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات إذ أوجبت أن تشتمل صحيفة الطعن بالنقض على بيان الأسباب التي بني عليها الطعن وإلا كان باطلاً إنما قصدت بهذا البيان أن تحدد أسباب الطعن وتعرفه تعريفاً واضحاً كاشفاً عن المقصود منها كشفاً وافياً نافياً عنها الغموض والجهالة وبحيث يبين منها العيب الذي يعزوه الطاعن إلى الحكم وموضعه منه وأثره في قضائه، ومن ثم فإن كل سبب يراد التحدي به يجب أن يكون مبيناً بياناً دقيقاً، وأن تقدم معه لمحكمة النقض المستندات الدالة عليه وإلا كان النعي به غير مقبول.

لما كان ذلك وكانت الطاعنة تنعي على الحكم المطعون فيه إشارته إلى حكم صدر من محكمة النقض تضمن العدول عن مبدأ قانوني قررته أحكام سابقة دون إحالة على الهيئة العامة لمحكمة النقض خلافاً لما يقضي به قانون السلطة القضائية، ولم تكشف الطاعنة عما جرى به القضاء السابق لمحكمة النقض، وكانت أحكام محكمة النقض ـ طبقاً للمستقر في قضاء هذه المحكمة ـ لا يجوز تعييبها بأي وجه من الوجوه، إذ هي واجبة الاحترام فيما خلصت إليه أخطأت أم أصابت، ومن ثم فإن النعي على الحكم المطعون فيه بما جاء بهذا السبب لا يجوز إثارته أمام هذه المحكمة وبالتالي يكون غير مقبول».

وفي دولة الإمارات العربية المتحدة ورد ضمن حيثيات حكم الدائرة الدستورية بالمحكمة الاتحادية العليا في طلب التفسير رقم ١٤ لسنة ٩ عليا بتاريخ ٢٨ ـ ٦ ـ ١٩٨١، أن قرارات وأحكام محكمة النقض لا مجال للطعن عليها ـ انظر الدكتور حمدي عبد المنعم المصدر السابق ص ٣٥٣.

(٥٤) تنص المادة ٢/٢٦٩ من قانون المرافعات المصري على أنه «يتحتم على المحكمة التي أحيلت إليها القضية أن تتبع حكم محكمة النقض في المسألة القانونية التي فصلت فيها» كما تنص الفقرة الأخيرة من المادة ١٦ من القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٧٨ بتنظيم حالات واجراءات الطعن

بالنقض أمام المحكمة الاتحادية العليا في دولة الامارات العربية المتحدة على أن «تلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بحكم المحكمة الاتحادية العليا في النقاط التي فصل فيها»

(٥٥) المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات المصري فيما يتعلق بالمادة ٢٦٩.

(٥٦) انظر المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات المصري فيما يتعلق بالمادة ٢٦٩ منه، ومما هو جدير بالتنويه اليه ان الفقرة الرابعة من المادة ٢٩ من قانون انشاء محكمة النقض والابرام المصري القديم رقم ٦٨ لسنة ١٩٣١، كانت تجيز لمحكمة النقض اذ حكمت بنقض الحكم لمخالفته للقانون او لخطأ في تطبيقه او في تأويله، أن تطلب الدعوى وتحكم فيها متى كانت صالحة للحكم، وقد ذهب رأي في ظل هذا القانون القديم إلى أن اشتراط هذه الفقرة لامكان طلب الموضوع والفصل فيه ان يكون الحكم المطعون فيه قد نقض لمخالفته للقانون او لخطأ في تطبيقه او في تأويله، يمنع محكمة النقض من التصدي لموضوع الدعوى اذ كان سبب النقض وقوع بطلان جوهري في الحكم او في الاجراءات التي انتهت به وأثر بطلانها فيه، اذ لا يتصور في هاتين الحالتين وفقا لهذا الرأي ان تقوم محكمة النقض بتطبيق القانون على الوقائع الثابتة في حكم يعيبه أنه باطل او أنه صدر بناء على اجراءات باطلة - الاستاذ حامد فهمي والدكتور محمد حامد فهمي، النقض في المواد المدنية والتجارية - المصدر السابق بند ٣٦٠ ص ٦٩٩.

(٥٧) انظر في ذلك: جارسونيه - شرح قانون المرافعات الفرنسي - المصدر السابق - الطبعة الثالثة جـ ٦ - بند ٣٨٧، الاستاذ حامد فهمي والدكتور محمد حامد فهمي - المرجع السالف الذكر - بند ١٦٣ ص ٣٩٧ وبند ٣٦١ ص ٧٠٠، الاستاذ عبدالمنعم حسني - المصدر المشار اليه - بند ٩٧٦ ص ٨٩٠ وبند ١٢٦٠ ص ١١٩١.

(٥٨) نقض مدني في ١٩٥٩/١٢/٢٤ - مجموعة المكتب الفني - ١٠ - ٨٤٠، ونقض مدني ١٩٥٩/١١/١٩ - مجموعة المكتب الفني ١٠ - ٦٧٢، نقض مدني ١٩٦٣/٢/١٤ - السنة ١٤ - ص ٢٤٧، ونقض مدني ١٩٧٢/٦/٢٢ - مجموعة المكتب الفني ٢٣ - ١١٥٨.

(٥٩) نقض مدني في ١٩٦٩/٣/٢٧ المجموعة السنة ٢٠ ص ٤٨٦.

(٦٠) نقض مدني في ١٩٦٨/٥/٩ - المجموعة السنة ١٩ - ص ٩١٤.

(٦١) وذلك وفقا للمادة ١/٢٦٩ من قانون المرافعات المصري، وانظر تطبيقا لذلك حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٧٦/١٠/٢٦ في الطعن رقم ٥٩٨ سنة ٤٢ ق، وقد جاء في هذا الحكم «تنص المادة ١/٢٦٩ من قانون المرافعات على أنه اذا كان الحكم ا لمطعون فيه قد نقض لمخالفة قواعد الاختصاص تقتصر المحكمة على الفصل في مسألة الاختصاص وعند الاقتضاء تعين المحكمة المختصة التي يجب التداعي اليها باجراءات جديدة، ومن ثم يتعين الغاء الحكم المستأنف والحكم بعدم اختصاص القضاء العادي ولائيا بنظر الدعوى وباختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء اداري بنظرها».

وقد ذهب رأي في الفقه إلى انه تجب التفرقة بين نقض الحكم بسبب قضاء الحكم بالاختصاص وبين نقضه بسبب قضائه بعدم الاختصاص، فمثلا اذا قضت محكمة الدرجة الاولى بعدم اختصاص جهة القضاء العادي بنظر النزاع ثم تأيد هذا الحكم في الاستئناف وقضت محكمة النقض بعدئذ بالغاء الحكم الصادر في الاستئناف بتأييد الحكم الصادر بعدم الاختصاص وباختصاص جهة القضاء العادي بنظر النزاع، وجب عليها ان تقتصر على ذلك دون الحكم بالاحالة، ويكون على صاحب المصلحة ان يجدد النزاع امام محكمة الدرجة الاولى المختصة نوعيا ومحليا، واذا قضت محكمة الدرجة الاولى باختصاصها بنظر النزاع ثم قضت محكمة الاستئناف بالغائه وبعدم اختصاص جهة القضاء العادي، ثم قضت محكمة

النقض بالغاء الحكم الصادر في الاستئناف، فهنا تجب الاحالة إلى محكمة الدرجة الثانية لتفصل في النزاع، وفي الحالة الاولى عندما تقتصر محكمة النقض على الحكم باختصاص جهة القضاء العادي دون الاحالة تبدأ مدة تقادم جديدة بالنسبة لأصل الحق، ويقيد هذا الحكم كافة المحاكم التي تتبع هذه الجهة، وفي الحالة الثانية تتصل الخصومة بمحكمة الاحالة بالقضاء بها، ويكون من الجائز التمسك باسقاط الخصومة امامها اذا وقف السير فيها المدة المسقطة لها ـ الاستاذ الدكتور احمد ابو الوفا ـ التعليق على نصوص قانون المرافعات ـ الطبعة الرابعة ـ سنة ١٩٨٤ الجزء الاول ـ ص ٩٦٩.

(٦٢) نقض مدني مصري في ١٩٣٤/١١/١٥ ـ منشور في المحاماة ١٦ ص ١٥٨.

(٦٣) وقد قضى بامكان تعجيل الدعوى أمام محكمة ثاني درجة بعض نقض الحكم الاستئنافي الصادر بعدم اختصاص المحاكم الاهلية بعد أن كانت محكمة اول درجة قد فصلت في الموضوع ـ نقض مدني في ١٩٣٤/٥/٣١ منشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة ٤ ص ١٦٤.

كما قضى بامكان تعجيل الدعوى امام محكمة أول درجة بعد نقض الحكم الاستئنافي الصادر بالغاء الحكم المستأنف وعدم اختصاص المحاكم الاهلية وكانت محكمة أول درجة قد قضت فحسب برفض الدفع بعدم الاختصاص ـ نقض مدني في ١٩٣٤/٥/١٠ منشور في مجلة القانون والاقتصاد ـ السنة ٤ ص ١٤٧.

(٦٤) الاستاذ حامد فهمي والدكتور محمد حامد فهمي، المصدر السابق، بند ٣٦١ ص ٧٠٢، الاستاذ عبدالمنعم حسني المرجع المشار اليه بند ١٢٦٠ ص ١١٩١ ـ ص ١١٩٣.

(٦٥) تنص المادة الرابعة من القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٧٨ على أن «للخصوم ان يطعنوا بالنقض أمام المحكمة الاتحادية العليا في الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف الاتحادية اذا كانت قيمة الدعوى تجاوز خمسة آلاف درهم او كانت غير مقدرة القيمة وذلك في الاحوال الآتية:

أ ـ اذا كان الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة القانون او الخطأ في تطبيقه او في تأويله.

ب ـ اذا وقع بطلان في الحكم او في الاجراءات أثر في الحكم.

جـ ـ اذا كان الحكم المطعون فيه قد صدر على خلاف قواعد الاختصاص.

د ـ اذا اغفل الحكم المطعون فيه الفصل في احد الطلبات او حكم بما لم يطلبه الخصوم او بأكثر مما طلبوه.

هـ ـ اذا فصل في النزاع على خلاف حكم آخر سبق أن صدر في ذات الموضوع بين نفس الخصوم وحاز قوة الشيء المقضي.

و ـ خلو الحكم من الاسباب او عدم كفايتها أو غموضها».

(٦٦) حكم المحكمة الاتحادية العليا ـ دائرة النقض المدني ـ في الطعن المدني رقم ١/٢١ ـ الصادر بتاريخ ١٩٨٠/٤/١٦ ـ المنشور في مجلة العدالة التي تصدرها وزارة العدل بدولة الامارات العربية المتحدة ـ العدد السادس والعشرون ـ السنة الثامنة ـ يناير ١٩٨١ ـ ص ٩٠ وما بعدها، وقد جاء في هذا الحكم:

«ومن حيث أن الطاعن ينعى على الحكم المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف المدنية في ابوظبي، بوصفها مرجعا للطعن في القرارات الصادرة عن قاضي التنفيذ، بأنه فصل في نزاع موضوعي لا يتصل باجراءات التنفيذ.

وحيث أن اختصاص قاضي التنفيذ بالفصل في الطلبات التنفيذية قاصر على الطلبات التي عناها المشترع باجراءات التنفيذ التي نص عليها قانون اجراءات المحاكم ا لمدنية رقم ٣ لسنة ١٩٧٠، كالخلاف حول الاشخاص او الحقوق المتعلقة بالملك الذي ينفذ فيه او حول الوفاء بالقرار بعد صدوره وايقاع الحجز على الاشياء او رفض ايقاعه نظرا لعدم جواز حجزها والامر ببيع الاشياء المحجوزة عن طريق المزايدة او العطاءات العلنية وتمليك المنقول المباع للمشتري وتخويله حق التصرف فيه وتوزيع ثمن الاشياء المحجوزة بين الدائنين وتقرير حبس المدين، وغير ذلك من الاجراءات التي نص عليها قانون اجراءات المحاكم المدنية رقم ٣ لسنة ١٩٧٠.

واما ما سوى ذلك من الطلبات كادعاء مسئولية احد اطراف العقد الذي بموجبه وبموافقه اطراف القضية التنفيذية عليه تم تسليم الاشياء المحجوزة اليه لادارتها وتسديد ديون المدين إلى الدائنين من أرباحها خلال المدة التي حددها العقد لاخلاله بالتزاماته العقدية والزامه بالتكافل والتضامن بالتعويض عن الضرر والعطل اللذين لحقا بالاشياء المحجوزة فهي من المنازعات الموضوعية التي يعود الفصل فيها للمحاكم العادية على اعتبار ان ترتيب المسئولية بجانب احد اطراف العقد والزامه بالتكافل والتضامن بالتعويض واقعة خارجة عما هو ثابت في السند التنفيذي وتعتبر المنازعة فيها من المنازعات التي لا شأن لها بالطلبات التنفيذية.

وحيث ان الحكم المطعون فيه الصادر في قضية تنفيذية الذي الزم الطاعن بالتكافل والتضامن مع ... بدفع مبلغ ٤١٣٣٣ درهما مقابل ما يتحمله بالنسبة للمعدات والآلات القابلة للاصلاح ومبلغ ٥٨٠٠٠ درهم مقابل ما يتحمله من قيمة الآلات والمعدات الغير قابلة للاصلاح يغدو مشوبا بالخطأ في تطبيق القانون لتعرضه إلى منازعة موضوعية لا ولاية له للفصل فيها فيتعين نقضه دون حاجة لبحث باقي اوجه الطعن.

وحيث ان موضوع الدعوى صالح للفصل فيه فان المحكمة تتصدى للفصل فيه على ما هو عليه حكم المادة ١٦ من القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٧٨.

وحيث ان قاضي التنفيذ لا ولاية له بالفصل في طلبات المطعون ضده ... التالية:

١ - الزام شركة ...... ممثلة بالسيدين .... و .... بالكامل والتضامن في:

أ - اصلاح المصنع بحيث يصبح في حالة سليمة ومقبولة أو:

ب - دفع قيمة المصنع بسبب من انه نتيجة اهمالهما واخلالهما بالتزاماتهما العقدية قد انتهى إلى حالته الحالية أو:

جـ - بيع المصنع بالمزاد العلني والزام .... و ... بفرق السعر المتكون بين سعر المصنع بالمزاد العلني وسعره وهو في حالة سليمة ومقبولة اي في الحالة التي استلماه به بتاريخ ١٩٧٣/١١/٨.

باعتبار ان هذه الطلبات خارجة عما هو ثابت بالاحكام المطلوب تنفيذها وتعتبر من المنازعات الموضوعية التي لا شأن لها بالطلبات التنفيذية.

لذلك - حكمت المحكمة: ١ - نقض الحكم المطعون فيه. ٢ - فسخ الحكم ا لمستأنف الصادر عن قاضي التنفيذ بتاريخ ١٩٧٨/٥/٢٤ لعدم الولاية فيما قضى به.

٣ - الزام المطعون ضده ...... المصاريف والفي درهم اتعاب المحاماة لصالح الطاعن واعادة الكفالة».

(٦٧) المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات المصري فيما يتعلق بالمادة ٢٥٠ منه.

(٦٨) وحكمه عدم تقييد الطعن المرفوع من النائب العام لمصلحة القانون بميعاد في القانون المصري، أنه قد لا يستبين سبب الطعن الا بعد انقضاء المواعيد كما ان النيابة ليست خصما في جميع الدعاوي المدنية والتجارية حتى تعلن بالاحكام الصادرة فيها، ولان تحديد ميعاد الطعن مبنى على فكرة منتفية في الطعن المرفوع من النائب العام لمصلحة القانون، اذ ان الحكم الصادر فيه لا يؤثر في مراكز الخصوم او حقوقهم المحكوم بها ـ انظر المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات المصري فيما يتعلق بالمادة ٢٥٠ منه.

(٦٩) الاستاذ حامد فهمي والدكتور محمد حامد فهمي ـ المصدر السابق، بند ٣٦٢ ص ٧٠٣ الاستاذ احمد جلال الدين هلالي ـ المرجع السابق ـ ص ٤٩٠.

(٧٠) العميد فتحي والي ـ الوسيط ـ المصدر السابق ـ بند ٣٨٧ ص ٨٦٩.

(٧١) ومن تطبيقات المحكمة الاتحادية العليا في دولة الامارات العربية المتحدة للتصدي للفصل في موضوع الدعوى نتيجة لصلاحيته للفصل فيه وبعد نقضها للحكم المطعون فيه، حكمها الصادر في ١٩٨٤/٢/٢٢ في الطعن رقم ٨٢ للسنة الخامسة القضائية مدني ـ المنشور في مجلة العدالة ـ العدد الاربعون السنة الحادية عشرة ـ يوليو ١٩٨٤ ص ٦٤ ومابعدها، وحكمها الصادر في ١٩٨٢/١١/٣ ـ في الطعن رقم ٥١ للسنة الرابعة نقض مدني ـ المنشور في العدالة العدد ٣٦ السنة ١٠ ـ يوليو ١٩٨٣ ـ ص ٨٤ ومابعدها، ونقض مدني في ١٩٨١/١١/١٠ ـ الطعن رقم ٣٢ للسنة ٣ ـ منشور في العدالة، السنة ١٠ ـ العدد ٣٦ ـ يوليو ١٩٨٣ ـ ص ٨٩ ومابعدها، ونقض مدني في ١٩٨٥/٦/١٢ ـ في الطعن رقم ١٦٠ للسنة السادسة القضائية ـ منشور في مجلة العدالة ـ العدد ٤٦ السنة ١٣ ـ يناير سنة ١٩٨٦ ص ٧٣ ومابعدها، ونقض مدني في ١٩٨٥/١٠/٩ ـ في الطعن رقم ٦٤ لسنة ٧ ق غير منشور.

(٧٢) الدكتور عبدالعزيز بديوي ـ الرسالة سالفة الذكر ـ ص ٥٠.

(٧٣) انظر على سبيل المثال: نقض مدني في ١٩٣٢/٦/٢٣ ـ المنشور في مجلة المحاماة السنة ١٣ ص ٢٧٧، ونقض مدني في ١٩٣٤/١١/١٥ ـ المحاماة ١٥ ص ١٥٥، ونقض مدني في ١٩٣٤/٣/٢٢ ـ المحاماة ١٤ ص ٣٧٢.

وفي ظل قانون المرافعات المصري القديم، أوضح الاستاذ الدكتور/ محمد حامد فهمي أنه لا يعقل أن تكون سلطة محكمة النقض والابرام في طلب الدعوى والحكم فيها أوسع من السلطة الممنوحة لمحكمة الاستئناف بمقتضى المواد ٣٧٠ ـ ٤١٤/٣٧١ ـ ٤١٥ من قانون المرافعات الاهلي، وأنه يجب القول ـ قياسا على ما هو متفق عليه في شأن حق محكمة الاستئناف في التصدى لموضوع الدعوى ـ بأنه لا يجوز لمحكمة النقض والابرام ان تطلب الدعوى وتحكم فيها اذا لم يكن الخصوم قد ابدوا فيها طلباتهم الختامية، أو كان الفصل فيها يستلزم الامر باجراء من اجراءات التحقيق، وبأنه لا تعتبر الدعوى صالحة للحكم في موضوعها الا اذا كانت ـ على الاقل ـ قد تم تحضيرها واستكمل تحقيقها، بحيث لا يبقى على المحكمة الا الحكم فيها بما تستخلصه من اوراق القضية بالحالة التي تكون هي عليها.

ثم تساءل عما اذا كان يكفي محكمة النقض لجواز تصديها للفصل في موضوع الدعوى أن يكون الموضوع صالحا لهذا الفصل بالمعنى المتقدم ذكره، أم أنه يجب فضلا عن ذلك ألا يستلزم هذا الفصل

التعرض لتقدير الوقائع، وأن يكون عمل محكمة النقض مقصورا على مجرد تطبيق القانون على الوقائع الثابتة في الحكم المنقوض.

وافترض ايضاحاً لهذا السؤال أن المحكمة الابتدائية حكمت باحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت المدعى دعواه بالبينة، ثم قضت له بطلباته، ثم استؤنف الحكم وقضت محكمة الاستئناف بالغائه وبرفض الدعوى لعدم جواز الاثبات بالبينة، ثم رأت محكمة النقض جواز الاثبات بالبينة، واعتزمت نقض الحكم المطعوم فيه لهذا الخطأ في تطبيق القانون، وتساءل أيجوز لمحكمة النقض أن تحكم في مثل هذه الدعوى بما تستخلصه هي من أقوال الشهود وما تستنتجه من القرائن؟ أم تعتبر الدعوى غير صالحة للحكم مفتقرة إلى تقدير وقائعها وتحصيل فهم الواقع فيها مما يتعين معه احالتها إلى محكمة الاستئناف لتحكم فيها من جديد؟.

واستطرد إلى أنه قد يقال، من جهة، أن محكمة النقض تملك الحكم في الدعوى مادام حقها في التصدى للموضوع غير مقيد بوجوب الاقتصار على تطبيق القانون على الوقائع، وأن الشارع - وقد اباح لها الحكم في موضوع الدعوى - لم يجعل وظيفتها مقصورة على الحكم في المسألة القانونية حتى يصح الاعتراض بأنها ممنوعة بطبيعة وظيفتها من التعرض لتقدير الوقائع اطلاقا، وأنه يجب فهم «صلاحية الدعوى للحكم» بمعنى واحد في باب الاستئناف والنقض، وأن الاعتبارات العملية التي لاحظها المشرع في السماح لمحكمة النقض بالتصدى لموضوع الدعوى تأبى التفرقة بين ان يقتضي الحكم في الموضوع تقدير الوقائع من جديد، وبين أن لا يستلزم غير مجرد تطبيق القانون.

ثم قال أنه قد يقال من جهة أخرى، أن محكمة النقض لا وظيفة لها الا الفصل في المسائل القانونية، وأن تقدير الوقائع والحكم فيها هو عمل المحاكم العادية، وأن القانون اذا كان قد اباح لمحكمة النقض طلب الدعوى والحكم فيها في بعض الاحوال، فانه يجب الا يمتد حقها في ذلك الى الصور التي يقتضي فيها الفصل في الموضوع الخروج عن وظيفتها الطبيعية والقيام بما هو من وظيفة غيرها، بل يجب أن يكون حقها في التصدى، مقصورا على الصور التي لا يستلزم فيها الفصل في الموضوع غير مجرد تصحيح الحكم المطعون فيه، فتطبق القانون على الوقائع الثابتة به تجنبا لعبث الاحالة إلى محكمة الموضوع - انظر بحث الاستاذ الدكتور محمد حامد فهمي - بعنوان محكمة النقض والابرام - المشار اليه سابقا ص ٩٠ ومابعدها.

وقد اتضح لنا منهج محكمة النقض في هذا الصدد، فقد استقر قضاؤها على أنها تحصل فهم الواقع من الاوراق متى كان الأمر سهلا لا يفتقر إلى غير الرجوع إلى ملف الدعوى، على النحو الذي أوضحناه في المتن والاحكام المشار اليها آنفا.

(٧٤) انظر المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات المصري فيما يتعلق بالمادة ٢٦٩ منه، وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على ذلك منذ انشائها، ففي قضية حكمت محكمة الاستئناف فيها بعدم صحة ورقتين منكورتين وبرفض موضوع الدعوى، قضت محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه وبصحة الورقتين وباعادة القضية والخصوم إلى محكمة الاستئناف لتفصل فيها بينهم دائرة اخرى من جديد وللمدعى عليهم اذا شاؤوا سبيل الادعاء بالتزوير، وقد جاء باسباب هذا الحكم ان الحكم المطعون فيه قد قضى في دعوى الانكار التي اعترضت موضوع الدعوى الاصلية وفي هذه الدعوى الاصلية معا، وأن دعوى الانكار العارضة صالحة للفصل فيها بالحكم بصحة الورقتين بناء على ما ثبت من اقرار المدعى عليهم بأن بصمة الختم الموقع به عليها هي بصمة ختم - مورثة مورثهم - وأن الدعوى الاصلية

غير صالحة للفصل، لاحتمال ان يسلك المدعى عليهم فيها مسلك الادعاء بالتزوير بأوضاعه المعروفة في قانون المرافعات، فيتعين الحكم باعادة القضية إلى محكمة الاستئناف لتحكم في موضوع الدعوى الاصلية من جديد - نقض مدني في جلسة ١٩٣٤/٤/٢٦ طعن رقم ٦٧ لسنة ٢ ق منشور في مجموع احكام النقض ٢٥ سنة قاعدة ٧٣٩ ص ١١٧٨، وانظر ايضا على سبيل المثال لا الحصر نقض مدني في ١٩٣٤/٦/٢١ - منشور في مجلة القانون والاقتصاد - السنة ٤ رقم ٦٨ ص ٢١١ وأيضاً في مجلة المحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٤٤ ص ٨٧، ونقض مدني في ١٩٣٥/٦/٢٠ - منشور في القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٨٧ ص ٢٨٨.

(٧٥) انظر العميد فتحي والي - الوسيط - المصدر السابق - بند ٣٨٧ ص ٨٧٠، الاستاذ حامد فهمي والدكتور محمد حامد فهمي - المصدر السابق - ص ٧٣٣، الاستاذ عبدالمنعم حسني - المرجع السابق - بند ١٢٦١ ص ١١٩٩، الدكتور نبيل عمر - بند ٢٢٠ ص ٤٢٧.

(٧٦) نقض مدني مصري في ١٩٧٨ /١١/١ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٩ ص ١٦٦٧، وايضا نقض مدني مصري في ١٩٧٨/١٢/١٩ - في الطعن رقم ١٠٤٤ لسنة ٤٥ ق.

(٧٧) ومن تطبيقات المحكمة الاتحادية العليا في دولة الامارات العربية المتحدة للتصدى للفصل في موضوع الدعوى في حالة الطعن بالنقض للمرة الثانية، حكمها الصادر في الطعن رقم ٣٥ للسنة الثانية قضائية - نقض مدني - الصادر بتاريخ ١٩٨٢/٤/٢١ - منشور في مجلة العدالة - السنة العاشرة - العدد ٣٦ يوليو ١٩٨٣ - ص ٩٣ ومابعدها، وحكمها في الطعنين رقم ٤ ورقم ٨ للسنة السادسة القضائية مدني بتاريخ ١٩٨٤/٤/٢٥ - منشور في مجلة العدالة - السنة الحادية عشرة - العدد ٤٠ يوليو ١٩٨٤ - ص ٧٧ ومابعدها، وحكمها في الطعن رقم ٢ للسنة السادسة القضائية - مدني - الصادر بتاريخ ١٩٨٤/٥/١٦ - منشور في مجلة العدالة - السنة الحادية عشرة - العدد ٤١ - اكتوبر ١٩٨٤ - ص ٦٢ ومابعدها.

(٧٨)، (٧٩) العميد فتحي والي - الوسيط - المصدر السابق بند ٣٨٧ ص ٨٧٠.

(٨٠) تنص المادة ٣/٢٥ من القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٧٨ بتنظيم حالات واجراءات الطعن بالنقض أمام المحكمة الاتحادية العليا على أنه «اذا كان الطعن مقبولا وكان مبنيا على سبب آخر من اسباب الطعن المبينة في المادة ٢٠، تنقض المحكمة الحكم وتعيد الدعوى إلى المحكمة التي أصدرته لتحكم فيها من جديد مشكلة من قضاة آخرين، ويجوز عند الاقتضاء احالتها إلى محكمة اخرى.

ومع ذلك فانه اذا كان موضوع الطعن صالحا للحكم فيه أو كان الطعن للمرة الثانية، فان المحكمة تتصدى للفصل فيه، وفي هذه الحالة تتبع الاجراءات المقررة أمام محكمة الموضوع عن الجريمة التي وقعت».

(٨١) تنص المادة ٣٧ من القانون الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ في شأن السلطة القضائية الاتحادية في دولة الامارات العربية المتحدة على أنه «لا يجوز للقضاة افشاء سر المداولات.

كما لا يجوز للقاضي ان يبدي رأيه أو اتجاهه في قضية معروضة لأية جهة كانت، ويصبح القاضي غير صالح لنظر الدعوى اذا خالف هذا الحظر فضلا عن تعرضه للمساءلة التأديبية».

(٨٢) حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعنين رقم ٤ ورقم ٨ للسنة السادسة القضائية مدني - بتاريخ ١٩٨٤/٤/٢٥ - المشار اليه آنفا - والمنشور في مجلة العدالة - السنة الحادية عشرة - العدد الاربعون - يوليو ١٩٨٤ - ص ٧٧ ومابعدها.

(٨٣) الاستاذ حامد فهمي والدكتور محمد حامد فهمي - المصدر السابق ص ٧٣٥، الاستاذ عبدالمنعم حسني - المرجع السابق ص ١٢٠٥.

(٨٤) وانما يجب ملاحظة ان المشرع في مصر او في دولة الامارات العربية المتحدة، لم يجعل طلب الطاعن الحكم في الموضوع شرطا لاتصال محكمة النقض به.

(٨٥) انظر: نقض مدني مصري - في ١٩٣٤/١١/١٥ منشور في مجلة المحاماة السنة ١٥ ص ١٥٥، ونقض مدني مصري في ١٩٧٨/٥/٢ - مجموعة المكتب الفني السنة ٢٩ ص ١١٥٥ وقد جاء به انه على محكمة النقض اذا توافرت شروط التصدى ان تحكم في الموضوع، غير مقيدة في ذلك بما يكون قد قدم لها من طلبات.

(٨٦) انظر: في ذلك: نقض مدني مصري في ١٩٧٤/٢/٦ - في الطعن رقم ١٣ لسنة ٣٩ احوال شخصية، ونقض مدني في ١٩٦٦/٣/١٠ مجموعة النقض السنة ١٧ ص ٥٤٢، ونقض مدني ١٩٦٣/١١/٢٨ مجموعة النقض السنة ١٤ ص ١١٢٤، ونقض مدني في ١٩٥٧/٢/٧ - مجموعة النقض السنة ٨ ص ١٣٢.

(٨٧) الاستاذ حامد فهمي والدكتور محمد حامد فهمي - المرجع المشار اليه ص ٧٤١.

(٨٨) ومن أمثلة ذلك انها امتنعت عن الحكم في موضوع الدعوى بتأييد الحكم المستأنف لأن الطاعن لم يكن قد قدم لها هذا الحكم، نقض مدني مصري في ١٩٣١/١٢/٣١ - منشور في مجلة المحاماة السنة ١٢ - رقم ٣٥٦ ص ٧٢٤.

(٨٩) ومن أمثلة ذلك أنها امتنعت عن الحكم بتأييد الحكم المستأنف بعد أن قضت بصحة الورقتين المنكورتين وذلك لاحتمال الطعن فيهما بالتزوير من المدعى عليه امام محكمة الاحالة - نقض مدني مصري في ١٩٣٤/٤/٢٦ - منشور في مجلة القانون والاقتصاد - السنة الرابعة - رقم ٤٠.

(٩٠) ومن تطبيقات ذلك في دولة الامارات العربية المتحدة، حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعنين رقمي ٤ و٨ للسنة السادسة القضائية مدني - السابق الاشارة اليه والمنشور في مجلة العدالة - العدد الاربعون - السنة ١١ يوليو ١٩٨٤ ص ٧٧ ومابعدها، وفي هذه القضية كان الطعن بالنقض للمرة الثانية ونقضت المحكمة الحكم المطعون فيه وتصدت للفصل في موضوع الدعوى ولكن نظرا لعدم صلاحية الموضوع للفصل فيه، فقد امرت المحكمة قبل الفصل في الموضوع بندب خبير من المصرف المركزي، وذلك استجلاءاً لعناصر الدعوى واظهاراً لوجه الحق فيها، وتحقيقا لما اثاره طرفا التداعي من دفاع، وقد كلفت المحكمة الخبير «بالاطلاع على اوراق الدعوى وما قدم فيها من مستندات لبيان الامور التالية: ١ - ما هي سلطة المصارف في تقدير طلب العميل اصدار خطاب ضمان جديد بديلا عن خطاب ضمان انقضى اجله، وهل هي سلطة مطلقة في الاستجابة او عدم الاستجابة إلى الطلب أم انها مقيدة بقواعد يجري عليها العرف في التعامل المصرفي وما هيه هذه القواعد ان كان لها وجود. ٢ - ابداء الرأي في مدى سلامة دفاع مصرف ص.ا. من أنه لم يصله طلب من العميل ع.ع.

بتجديد خطاب الضمان لصالح منشأة (صرافة وتجارة ش ا.) الذي سبق ان اصدر لها خطاباً انقضى اجله وبيان صحة دفاعه من ان التزامات هذا العميل بتاريخ ١٩٧٤/٩/٣٠ كانت تزيد عن الضمانات المودعة بالمصرف بمبلغ ١١٥٢٤٨ر٨٥ درهما.

٣ ـ ابداء الرأي في الاسباب المباشرة التي اعجزت العميل ع . ع . عن تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد الذي ابرمه مع منشأة (أ. أ. بكراتشي).

٤ ـ ابداء الرأي في مدى سلامة موقف مصرف ص . ا . في سداد قيمة خطاب الضمان الصادر لصالح منشأة (أ. أ. بكراتشي).

٥ ـ بيان الاتفاق الذي تعلق بشأن الوديعة المصرفية التي اودعها المدعيان ع .ع . وع .ع . بمصرف ص . ا . وماذا كان مصيرها».

وواضح من هذا التكليف مدى عدم صلاحية موضوع الدعوى للفصل فيه، والذي تصدت المحكمة الاتحادية العليا لحسمه نظرا لكون الطعن بالنقض للمرة الثانية.

وبعد ان ادى الخبير مهمته، اصدرت المحكمة الاتحادية العليا حكمها في الموضوع بتاريخ ١٩٨٥/١١/٢٧ وقد قالت في هذا الحكم انها «إذا ما تصدت لنظر الموضوع من بعد نقضها الحكم الصادر من محكمة الاستئناف فانها تقوم بوظيفة محكمة الموضوع كاملة وتتوافر لها سلطاتها، ومنها ان ينعقد لها السلطان المطلق على الحكم الابتدائي فتعيد النظر في قضائه بما تراه صوابا سواء في الواقع او القانون» «انظر هذا الحكم المنشور في مجلة العدالة ـ العدد ٤٧ ـ السنة ١٣ ـ ابريل ١٩٨٦ ـ ص ٣٩.

(٩١) العميد فتحي والي ـ الوسيط ـ المصدر السابق ـ بند ٣٨٧ ص ٨٧، الدكتور نبيل عمر ـ النظرية العامة للطعن بالنقض ـ المرجع السابق ـ ص ٤٢٨.

(٩٢) الاستاذ حامد فهمي والدكتور محمد حامد فهمي ـ المصدر السابق ـ بند ٣٥٩ ص ٦٩٨، الدكتور نبيل عمر ـ النظرية العامة للطعن بالنقض ـ المرجع السابق ـ بند ٢٢٣ ص ٤٢٩.

(٩٣) العميد فتحي والي ـ التنفيذ الجبري ـ طبعة سنة ١٩٨١ ـ بند ٢٣ ص ٤٤، الدكتور محمد عبدالخالق عمر ـ مبادىء التنفيذ ـ الطبعة الرابعة ـ سنة ١٩٧٨ ـ بند ٨٩ ص ١١٧.

(٩٤) أشارت المذكرة الايضاحية لقانون انشاء محكمة النقض والابرام المصرية رقم ٦٨ لسنة ١٩٣١ الصادر في الثاني من مايو سنة ١٩٣١ إلى ذلك بقولها «وقد لا تكون في بعض الاحوال حاجة لهذه الاحالة ـ اي لا حالة الدعوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم ـ وخصوصا متى كان الحكم الصادر من محكمة النقض بالفصل في المسألة القانونية قد حسم النزاع نهائيا لعدم وجود مسائل قانونية اخرى او مسائل تتعلق بالوقائع يحتاج إلى الفصل فيها، ففي هذه الاحوال، ونظراً لان الاحالة لا يترتب عليها الزام الخصوم ولا قلم الكتاب بتقديم القضية إلى المحكمة التي اصدرت الحكم المنقوض، يجوز للخصوم ان يكتفوا اذا شاؤا بحكم محكمة النقض».

(٩٥) ومن أمثلة ذلك ان ترى محكمة النقض ان الحكم المنقوض قد صدر حقاً مخالفاً لحكم سابق حائز لقوة الشيء المحكوم به، أو قضى بجواز استئناف مالا يجوز استئنافه من أحكام محاكم الدرجة الاولى، أوقضى بتفليس من لا يصح تفليسه، أو قضى خطأ بقبول استئناف رفع بعد الميعاد.

ومن ذلك ايضا حالة ماذا انحصر النزاع أمام محكمتي الدرجة الاولى والثانية فيما اذا كان الحق قد

سقط بالتقادم المبرىء للذمة او لم يسقط وكان الحكم المنقوض قد قضى بعدم سقوط الحق ورأت محكمة النقض سقوطه، او اذا انحصر النزاع أمام المحكمتين في قبول اي دفع مانع من نظر الدعوى وقضى الحكم المنقوض برفضه ورأت محكمة النقض قبوله.

وهكذا في كل حالة يتركز فيها النزاع حول مسألة قانونية واحدة ويكون حكم النقض ـ بفصله في المسألة وحله اياها على خلاف ما قضى به الحكم المطعون فيه ـ قد انهى الخصومة في القضية.

انظر: المستشار حامد فهمي والدكتور محمد حامد فهمي ـ المصدر السابق بند ٣٥٧ ص ٦٨٧ ومابعدها.

(٩٦) الدكتور نبيل اسماعيل عمر ـ النظرية العامة للطعن بالنقض ـ المصدر السابق ـ بند ٢١٦ ص ٤٢٠، وقد أوضح في هذا الصدد أن المشرع اذ يستخدم على سبيل الخطأ المصطلحات الفنية الدقيقة الخاصة بنظم الطعن المختلفة، فهو يقوم باستخدام غير واعي لادوات فنية دقيقة، هذه الادوات الفنية يتم تصورها وانشائها لتحقيق اهداف معينة، هذه الاهداف تتحقق على اكمل وجه حين تعمل داخل النظام القانوني الذي انشأت أصلا لخدمته، فاذا ما نقلت من هذا النظام وأدمجت في نظام آخر، فأنها تعمل بطريقة رديئة، ولا تحقق في عملها الهدف الذي كان في ذهن مبتكرها، لانها وضعت بطريقة تحكمية داخل نظام لم تخلق أصلا للمساهمة في تحقيق اهدافه.

(٩٧) انظر تفصيلات ذلك في:

Perrot (Roger): L'influence de la technique juridique sur le but des institutions - Thèse Paris 1947. p. 12. et S.

(٩٨) ويماثل هذا النص نص المادة ١٨ من قانون الطعن بالتمييز المشار اليه في المتن، وينبغي ملاحظة انه وفقا لهذا النص لمحكمة التمييز الكويتية ان تنظر موضوع الدعوى حتى ولو كان غير صالح لنظره، اي ولو كان الموضوع يحتاج إلى اجراءات او تأكيدات واقعية لا تقوم بها الا محكمة الموضوع، اذ تقوم محكمة التمييز بوظيفة محكمة الموضوع كاملة ـ انظر: العميد فتحي والي ـ قانون القضاء المدني الكويتي ـ طبعة سنة ١٩٧٧ ـ ص ٤٢٧ و ص ٤٢٨، وقد اوضح سيادته ان نظر دائرة التمييز للموضوع يفترض جواز نظره، ولهذا فانه رغم عموم النص فان دائرة التمييز لا تنظر الموضوع ـ إلى جانب حالتي انتفاء الولاية او عدم الاختصاص ـ في حالة ما اذا تبين ان الدعوى امام المحكمة التي قبل الطعن بالتمييز في حكمها غير مقبولة او كان الاستئناف امامها غير مقبول كما لو رفعت الدعوى من غير ذي صفة او كان الاستئناف قد رفع بعد الميعاد.

وايضا لا تنظر دائرة التمييز الموضوع في حالة ما اذا كان سبب الطعن هو التناقض بين حكمين، اذ يكفي الغاء الحكم الصادر خلافا للحكم السابق.

(٩٩) مرسوم رقم ٧٨٥٥ الصادر في ١٩٦١/١٠/١٦ والمعدل لقانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني القديم الصادر في اول شباط سنة ١٩٣٣.

(١٠٠) انظر: الدكتور احمد ابو الوفا ـ اصول المحاكمات المدنية ـ المصدر السابق ـ الطبعة الثانية ـ سنة ١٩٧٩ ـ بند ٥٧٢ ص ٨١٠، وايضا طبعة سنة ١٩٨٣ ـ نشر الدار الجامعية ببيروت ـ بند ٥١٩ ص ٧٦٣ وبند ٥٣١ ص ٧٧٨.

(١٠١) استحدث المشرع اللبناني تسمية الطعن بالنقض بدلا من الطعن بالتمييز ومحكمة النقض بدلا من محكمة التمييز، انظر في مستحدثات القانون اللبناني الجديد بصفة عامة - مؤلف الاستاذ الدكتور احمد ابو الوفا - المستحدث في قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد - نشر الدار الجامعية - ببيروت سنة ١٩٨٦م.

(١٠٢) لم يجز المشرع الموريتاني للمحكمة العليا هناك التصدي لموضوع الدعوى بعد نقض الحكم المطعون فيه فنص في المادة ٢٦١ من قانون المرافعات رقم ٦٢٠٥٢ الصادر في ١٩٦٢/٢/٢ على انه «اذا ابطلت المحكمة العليا الحكم المعروض عليها فانها تحيل النظر في الموضوع في القضية على المحاكم التي تتعهد بذلك وجوبا.

اذا أقرت المحكمة العليا ان رفض الطعن كان سببه عدم الاختصاص، فانها تحيل القضية على المحكمة المختصة التي تعينها.

اذا صرح بالنقض من اجل خرق للقانون فان المحكمة العليا تنص على المقتضيات القانونية التي وقع خرقها وتحيل القضية اما على نفس المحكمة بعد تشكيل اخر لهيئتها وذلك حسب الامكان واما على محكمة اخرى من نفس الصنف والدرجة».

انظر: مجلة المرافعات المدنية والتجارية والادارية - الصادرة عن مصلحة الشرع بوزارة العدل والتوجيه الاسلامي الموريتانية - نشر مركز البحوث والتوثيق بالمدرسة الوطنية للادارة - بموريتانيا سنة ١٩٨٣.

(١٠٣) تنص المادة ٢٦٦ من قانون الاجراءات المدنية الجزائري الصادر بالامر رقم ١٥٤ لسنة ١٩٦٦ المعدل بالامرين رقم ٧٧ لسنة ١٩٦٩ ورقم ٨٠ لسنة ١٩٧١ على انه «اذا قبل المجلس الاعلى الطعن ينقض الحكم المطعون فيه او جزءاً منه ويحيل الدعوى الى الجهة القضائية التي اصدرت الحكم المنقوض مشكلة تشكيلا اخر او يحيلها الى جهة قضائية اخرى من نوع ودرجة الجهة التي اصدرت الحكم المنقوض».

كما تنص المادة ٢٦٧ من هذا القانون على أنه «ومع ذلك في حالة نقض الحكم لعدم اختصاص الجهة القضائية التي اصدرته تحال القضية لنظرها امام الجهة القضائية المختصة اصلا».

انظر: الدكتور حسن علام - قانون الاجراءات المدنية - نشر الشركة الوطنية للنشر والتوزيع بالجزائر سنة ١٩٧٢ - ص ٧٨.

(١٠٤) انظر في ذلك: الدكتور ادريس العلوي العبدلاوي - القانون القضائي الخاص - الجزء الثالث طرق الطعن في الاحكام - طبع المطبعة الاقليمية بمراكش سنة ١٩٨٤ - بند ٦٩ ص ١٤٣ - ١٤٥.

وقد نص المشرع المغربي في الفقرة الاخيرة من المادة ٢٣ من الظهير الصادر في ١٩٥٧/٩/٢٧ بشأن المجلس الاعلى على انه «في القضايا المعروضة على الغرفة الإدارية، يمكن للمجلس الاعلى، اذا ما نقض حكماً قضائياً اما ان يحيل القضية على محكمة اخرى.. واما ان يتصدى لها ويبت هو نفسه فيها نهائيا».

وواضح من هذا النص ان التصدي للموضوع كان جوازيا، وكان يشترط لاعماله ان ينقض المجلس الاعلى الحكم المطعون فيه، كما انه كان يتقصر فقط على القضايا المعروضة على الغرفة الادارية لدى المجلس الاعلى.

(١٠٥) تنص المادة ٣٦٨ من قانون المرافعات المغربي الجديد ـ المسمى هناك بقانون المسطرة المدنية ـ على انه «اذا نقض المجلس الاعلى الحكم المعروض عليه واعتبر انه يتوفر على جميع العناصر الواقعية التي ثبتت لقضاة الموضوع بحكم سلطتهم تعين عليه اعتبارا لهذه العناصر وحدها التي تبقى قائمة في الدعوى التصدي للقضية والبت فورا في موضوع النزاع او في النقط التي استوجبت النقض».

"Lorsque la Cour casse une décision à elle déférée, elle doit, si elle estime être en possession de tous les éléments de fäit souverainement constatés par les juges du fond et compte tenu uniquement desdits éléments qui demeurent acquis au procès, évoquer L' affaire et stature sans désemparer sur la question objet du litige ou sur les points à L' égard desquels elle a prononcé la cassation"

وتنص المادة ٣٦٩ من هذا القانون على انه «اذا وقع النقض احال المجلس الاعلى الدعوى ـ مع مراعاة مقتضيات المادة السابقة ـ على محكمة اخرى مساوية للمحكمة التي نقض حكمها او بصفة استثنائية على نفس المحكمة التي صدر عنها الحكم المنقوض ويتعين إذ ذاك ان تتكون هذه المحكمة من قضاة لم يشاركوا بوجه من الوجوه او بحكم وظيف ما في الحكم الذي هو موضوع النقض.

اذا بت المجلس الاعلى في قراره في نقطة قانونية تعين على المحكمة التي احيل عليها الملف ان تتقيد بقرار المجلس الاعلى في هذه النقطة. إذا رأى المجلس الاعلى بعد نقض الحكم المحال عليه انه لم يبق هناك شيء يستوجب الحكم قرر النقض بدون احالة».

وقد اوضح احد الشراح أن اللجنة التي وضعت القانون ارادت ان تتجنب تحويل المجلس الاعلى الى درجة ثالثة للتقاضي، فاخضعت التصدي لقواعد محددة، ولكن جعلت التصدي امرا محتما عندما تجتمع بعض الشروط وهي: ١ ـ نقض قرار معروض على المجلس الاعلى بشأن نقطة قانونية او مسألة تتعلق بالمسطرة كان لازما ان تتقيد بها محكمة الموضوع التي يكون من الممكن ان تحال عليها القضية ٢ ـ ان يكون الملف تاما من حيث الوقائع ويكون قضاة الموضوع بحكم سلطتهم قد قدروا جميع العناصر الواقعية التي اعتمدوا عليها لتعزيز الحكم.

٣ ـ فاذا اقر المجلس وجود هذه العناصر الواقعية وصرح بارتباطها بالقضية وجب عليه آنذاك التصدي للقضية والحكم في الحال دون اية مراجعة او عودة للبحث في المسألة موضوع النزاع او في النقاط التي سبق ان قضى بنقضها ـ انظر:

Adolphe Ruolt: La procedure civile devant la cour supreme Rabat - 1984 - p.p. 56 - 57.

(١٠٦) تنص المادة ٢١٤ من قانون المرافعات العراقي الصادر في ١٠ آب سنة ١٩٦٩ م على أنه «اذا رأت محكمة التمييز نقض الحكم المميز لمخالفته للقانون أو للخطأ في تطبيقه وكان الموضوع صالحا للفصل فيه وجب عليها ان تفصل فيه ولها في هذه الحالة دعوة الطرفين وسماع اقوالهما ان وجدت ضرورة لذلك ويكون قرارها قابلا للطعن فيه بطريق تصحيح القرار في مدته القانونية لدى الهيئة العامة».

وواضح من هذا النص انه يشترط لوجوب تصدي محكمة التمييز للفصل في موضوع الدعوى، ان تقرر المحكمة نقض الحكم المطعون فيه وان يكون سبب نقضه مخالفة الحكم للقانون او الخطأ في تطبيقه، وان يكون موضوع الدعوى صالحا للفصل فيه ـ انظر الدكتور سعدون ناجي القشطيني شرح احكام المرافعات الطبعة الثالثة ـ الجزء الاول ـ مطبعة المعارف ببغداد سنة ١٩٧٩ ص ٤٣٣ وما بعدها والاستاذ ضياء شيت خطاب ـ الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية ـ بغداد سنة ١٩٧٣ ص

٣٦٢ وما بعدها، ويلاحظ أنه قبل صدور قانون تشكيل المحاكم رقم ٣ سنة ١٩٤٥ في العراق كانت محكمة التمييز تملك سلطة استئنافية للبت في موضوع الدعوى، وذلك بطرح النزاع امامها مجددا أنظر في ذلك: الاستاذ داود سمرة - شرح قانون اصول المحاكمات الحقوقية - بغداد سنة ١٩٤٤ - ص ٧٠٥ وما بعدها.

(١٠٧) وفقا للمادة ٢٦٠ من قانون المرافعات السوري لسنة ١٩٥٣، لمحكمة النقض سلطة الفصل في النزاع في حالتين: اذا ما حكمت بنقض الحكم المطعون فيه وكانت الدعوة صالحة للحكم في موضوعها جاز لمحكمة النقض ان تستبقي الدعوى للحكم، واذا طعن في الحكم المنقوض سابقا للمرة الثانية، وكان الحكم الجديد يستوجب النقض، ففي هذه الحالة يجب على محكمة النقض الحكم في موضوع النزاع - انظر الدكتور رزق الله الانطاكي - اصول المحاكمات المدنية والتجارية - دمشق سنة ١٩٦٥ - بند ٥٤١ ص ٧٨٤.

(١٠٨) تنص المادة ٢١٣ من قانون الاجراءات المدنية السوداني رقم ٢٦ لسنة ١٩٨٣ والمنظمة لسلطات المحكمة العليا على أنه «اذا قبلت المحكمة الطعن لها أن تقضي:

أ - بنقض الحكم المطعون فيه.

٢ - بتعديل الحكم المطعون فيه.

جـ - اصدار حكم جديد.

د - اعادة القضية للمحكمة التي اصدرت الحكم المطعون فيه أو لمحكمة الموضوع للفصل فيه من جديد».

(١٠٩) حكم المحكمة الاتحادية العليا - دائرة النقض المدني - في الطعن المدني رقم ١/٢١ - الصادر بتاريخ ١٩٨٠/٤/٢٦ - المشار اليه بالتفصيل آنفا والمنشور في مجلة العدالة السنة الثامنة - يناير ١٩٨١ - العدد ٢٦ ص ٩٠ ومابعدها.

(١١٠) حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعنين رقم ٤ ورقم ٨ للسنة السادسة القضائية مدني الصادر بتاريخ ١٩٨٤/٤/٢٥ - والسابق الاشارة اليه - والمنشور في مجلة العدالة السنة ١١ العدد ٤٠ يوليو ١٩٨٤ ص ٧٧ ومابعدها.

(١١١) ومما هو جدير بالتنويه اليه ان عبء اثبات كون احد اعضاء المحكمة التي احيلت اليها القضية قد اشترك في اصدار الحكم المطعون فيه، يقع على الطاعن - نقض مدني مصري في ١٩٤٩/١١/٢٤ - مجموعة المكتب الفني السنة الاولى - ص ٣٢ - وقد جاء في حيثيات هذا الحكم أن «من ينعى على حكم أنه قد اشترك في اصداره احد اعضاء المحكمة السابق صدوره منها والذي قضى بنقضه يكون عليه أن يقدم ضمن اوراق الطعن صورة الحكم المنقوض وصورة الحكم الناقض والا كان طعنه من غير دليل متعينا رفضه».

المراجع

أولاً: مراجع اللغة العربية:

الدكتور/ ابراهيم نجيب سعد	القانون القضائي الخاص - الجزء الاول.
الدكتور/ احمد ابو الوفا	أصول المحاكمات المدنية بمقتضى قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر سنة ١٩٣٣ وقوانين التنظيم القضائي اللبناني - الطبعة الثانية - بيروت سنة ١٩٧٩، وأيضا طبعة سنة ١٩٨٣ نشر الدار الجامعية ببيروت.
	- المرافعات المدنية والتجارية - الطبعة الثانية عشر.
	- التعليق على نصوص قانون المرافعات سنة ١٩٧٩ والطبعة الرابعة سنة ١٩٨٤ الجزء الاول.
	- المستحدث في قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد - نشر الدار الجامعية ببيروت سنة ١٩٨٦.
	- نظرية الدفوع في قانون المرافعات - الطبعة السابعة سنة ١٩٨٥.
	- نظرية الاحكام في قانون المرافعات - الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٠.
الدكتور/ احمد السيد صاوي	- نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية - دار النهضة العربية سنة ١٩٨٤.
المستشار/ احمد جلال الدين هلالي	- قضاء النقض في المواد المدنية والتجارية في التشريع المصري والمقارن سنة ١٩٧٧.

الدكتور/ احمد فتحي سرور
- الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية - الجزء الثالث - النقض الجنائي واعادة النظر - دار النهضة العربية سنة ١٩٨٠.

الدكتور/ احمد محمد مليجي
توحيد القضاء وحسن تنظيمه وأثر ذلك في تحقيق القانون لاهدافه في دولة الامارات العربية المتحدة - بحث منشور في اعمال ندوة دور القانون في دعم وتطوير المجتمع التي نظمتها جامعة الامارات العربية المتحدة - مارس سنة ١٩٨٦.

الدكتور احمد مسلم
أصول المرافعات - نشر دار الفكر العربي سنة ١٩٧١.
- الاختصاص والموضوع في قضاء الامور المستعجلة - بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثلاثين العدد الاول مارس سنة ١٩٦٠.

الدكتور/ ادريس العلوي العبدلاوي
- القانون القضائي الخاص - الجزء الثالث طرق الطعن في الاحكام - طبع المطبعة الاقليمية بمراكش سنة ١٩٨٤.

الدكتور/ أمينة النمر
- مناط الاختصاص والحكم في الدعاوي المستعجلة - رسالة للدكتوراه - طبعة سنة ١٩٧٤.

المستشار/ حامد فهمي والدكتور/
محمد حامد فهمي - النقض في المواد المدنية والتجارية سنة ١٩٣٧.

الدكتور / حسن علام
- قانون الاجراءات المدنية - نشر الشركة الوطنية للنشر والتوزيع بالجزائر سنة ١٩٧٢.

الدكتور/ حمدي عبدالمنعم
- المرجع في شرح قانون الطعن بالنقض أمام المحكمة الاتحادية العليا بدولة الامارات العربية المتحدة - سنة ١٩٨١.

الاستاذ/ داود سمرة
- شرح قانون اصول المحاكمات الحقوقية - بغداد سنة ١٩٤٤.

الدكتور/ رزق الله الانطاكي
- أصول المحاكمات المدنية والتجارية - دمشق سنة ١٩٦٥.

الدكتور/ رمزي سيف
- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - الطبعة السابعة سنة ١٩٦٧، والطبعة الثامنة سنة ١٩٦٩.

الدكتور/ سعدون ناجي القشطيني
- شرح احكام المرافعات - الطبعة الثالثة - الجزء الاول - مطبعة المعارف ببغداد سنة ١٩٧٩.

الاستاذ/ ضياء شيت خطاب
- الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية - بغداد سنة ١٩٧٣.

الدكتور/ عبدالباسط جميعي
شرح قانون المرافعات الجديد سنة ١٩٧٦ - بالاشتراك مع الدكتور/ عبدالمنعم الشرقاوي.

الدكتور/ عبدالعزيز خليل بديوي
- الطعن بالنقض والطعن امام المحكمة الادارية العليا دراسة مقارنة - رسالة للدكتوراه - مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس سنة ١٩٦٩.

الدكتور/ عبدالمنعم الشرقاوي
- نظرية المصلحة في الدعوى - رسالة للدكتوراه القاهرة سنة ١٩٤٧.
- شرح قانون المرافعات الجديد سنة ١٩٧٦ بالاشتراك مع الدكتور/ عبدالباسط جميعي.

الاستاذ/ عبدالمنعم حسني
- طرق الطعن في الاحكام المدنية والتجارية - الجزء الثاني - التماس اعادة النظر والنقض - الطبعة الثانية سنة ١٩٨٣.

الاستاذ/ عز الدين الدناصوري
والاستاذ حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الثانية سنة ١٩٨٢.

الدكتور/ فتحي والي
- الوسيط في قانون القضاء المدني سنة ١٩٨٠.
- مبادىء قانون القضاء المدني - سنة ١٩٧٥.
- التنفيذ الجبري طبعة سنة ١٩٨١.
- قانون القضاء المدني الكويتي - طبعة سنة ١٩٧٧.

الاستاذ/ محمد العشماوي والدكتور/ عبدالوهاب العشماوي - قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن سنة ١٩٥٨ - الجزء الثاني.

الدكتور/ محمد حامد فهمي
- محكمة النقض والابرام - بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد - السنة الثانية - العدد الاول يناير سنة ١٩٣٢.

الدكتور/ محمد عبدالخالق عمر
- مبادىء التنفيذ الجبري - الطبعة الرابعة سنة ١٩٧٨.

الاستاذ/ محمد كمال عبدالعزيز
- تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه - الطبعة الثانية سنة ١٩٧٨.

الدكتور/ نبيل اسماعيل عمر
- الطعن بالاستئناف واجراءاته في المواد المدنية والتجارية - سنة ١٩٨٠.
- النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية سنة ١٩٨٠.

الدكتور/ وجدي راغب
مبادىء الخصومة المدنية - الطبعة الاولى ١٩٧٨.

ثانياً : مراجع باللغة الفرنسية :

Adolphe Ruolt: La Procedure civile devant la cour supréme - Rabat - 1984.

Bora Laskin: La cour supréme du Canda - Rev. int. de dr. comp. Paris 1978.

Carles: L' évocation en matière civile - Thèse Caen. 1934.

De La Grasserie (Raoul): De la fonction et des juridictions de cassation en législation comparée - Paris 1911.

Damas: L' évolution de L' évocation en matière civile - thèse Rennes - 1968.

Erwin, N. Grisweld : La cour supréme des ETATS - UNIS. Rev. int. de dr. comp. Paris 1978.

Francois Rigaux: La nature du contrôle de la cour de cassation Bruxelles - 1966.

Garsonnet (E.) et Cézar Bru (ch.): Traité théorique et pratique de procédure civile et commercial - 3 édition - 1915.

Giverdon: La procédure de réglement des excéptions d'incompétence, de litispendance et de connixité, D. 1973.

Glasson (E.), Tissier (A.) et Morel (R.). Traité théorique et pratique d'organisation judiciare, de compétence et dé procédure civile - 3e édition 1929.

Henri Simont: Des pourvois en cassation en matière civile - Thèse Bruxelles 1933.

Jacques Boré: La cassation en matière civile , Paris Sirey - 1980.

Loisel: Emploi Optimel de la notion d'évocation en droit de procedure civile. J. C. P. 1971.

Lord Wilberforce: La chambre des Lords - Rev. Int. de dr. comp. Paris 1978.

Marty (Gabriel): La distinction du fait et du droit, essei sur Le pouvoir de controle de la cour de cassation sur les Juges du fait, Thèse. Toulouse. 1929.

Meurisse: Effet dévolutif de L' appel, évocation, plénitude de juridiction. Gaz. Pal. 1950.

Motulsky: Les rapports entre L'effet dévolutif de L'appel et d'évocation. J. C. P. 1958.

Normand: Le Juge et le litige. Thèse, Lille. 1965.

Perrot (Roger): L'influence de la technique juridique sur le but desinstitutions - Thèse Paris 1947.

Peter Neu: Les pouvoirs de contrôle de la cour suprême, thèse, Sarre 1956.

Scheyven: Traité pratique de pourvois en cassation - 2e édition 1885.

Solus (H.) et Perrot (R.) Droit judiciaire privé, T.II, 1973.

Vincent: Les effets de L' appel et les reformmes récentes de la procédure civile. D. 1974.

- Précis de procédure civile 18' éme, édition.



قانون الشركات التجارية
فـــي
دولة الإمارات العربية المتحدة
دراسة نقدية مقارنة

د . حسين يوسف غنايم
أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد
في جامعة الإمارات العربية المتحدة



تمهيد وتقسيم :

لقد أدى التطور الاقتصادي الهائل الذي شهدته دولة الإمارات العربية المتحدة ودول مجلس التعاون الخليجي بصفة عامة إلى نشوء الحاجة لوجود الشركات ولتركيز الاهتمام نحو تنظيمها، وتجلى هذا التركيز في دولة الإمارات بصدور القانون الاتحادي رقم (٨) لسنة ١٩٨٤[١]، والذي جاء عقب صدور عدة قوانين تُنظم الشركات في دول مجلس التعاون الخليجي هي حسب أسبقية الصدور قانون الشركات الكويتي رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠، ونظام الشركات السعودي المصادق عليه بالمرسوم الملكي رقم م/٦ بتاريخ ١٣٨٥/٣/٢٢ هجرية، وقانون الشركات التجارية العماني الصادر سنة ١٩٧٤ ميلادية، والمرسوم بقانون رقم (٢٨) لسنة ١٩٧٥ بإصدار قانون الشركات التجارية البحريني، وأخيراً قانون الشركات التجارية القطري رقم (١١) لسنة ١٩٨١ ميلادية.

وسنعمد في هذه الدراسة إلى إلقاء الضوء على قانون الشركات التجارية في دولة الإمارات العربية المتحدة متناولين مزاياه وما يمكن أن يؤخذ عليه وملتزمين نهج البحث المقارن بقوانين الشركات في دول مجلس التعاون الخليجي بصورة رئيسية. وعلى ذلك، فسنخصص المبحث الأول من هذه الدراسة لتناول مزايا القانون بينما نخصص المبحث الثاني للمآخذ آملين أن يشكل ذلك إسهاماً متواضعاً في إثراء القانون وفي التعريف به في مستهل وضعه موضع التطبيق والله من وراء القصد.

المبحث الأول

المــــزايا

يمتاز قانون الشركات في دولة الإمارات بعدة خصائص يقف على رأسها مراعاته لأحكام المحاكم وللأوضاع المحلية في الدولة ومسايرته للاتجاهات التشريعية الحديثة. وسنتناول دراسة هذه المزايا في ثلاثة مطالب مستقلة.

المطلب الأول

مراعاته لأحكام المحاكم في دولة الإمارات العربية المتحدة

إن من الأهمية بمكان ألا يغفل المشرع في بلد ما أثناء تنظيمه لمسالة ما، ما تجري عليه أحكام المحاكم في ذلك البلد خشية أن يؤدي التنظيم التشريعي الجديد إلى خلق فجوة بين الواقع الموجود والتنظيم المقترح.

ويمكن القول بصفة عامة إن قانون الشركات لم يخرج عن هذا المنحى وإنما جاءت أحكامه منسجمة مع ذلك التوجه، ويكفي للدلالة على ما نقول أن نسوق الأمثلة التالية التي تؤكد مجموعة من المبادىء العامة المستقرة تشريعاً وقضاء:

(أ) مسؤولية الشريك المتضامن عن التزامات الشركة :

فطبقاً للمادة ٢٣ من القانون فإن الشركاء في شركة التضامن يسألون بالتضامن في جميع أموالهم عن التزامات الشركة[٢]، بمعنى أن من الممكن مساءلتهم في ذممهم الخاصة عن ديون الشركة وتعهداتها، وهو ما سبق للمحكمة الاتحادية العليا أن أقرته حيث قضت بأن للدائن أن يرجع على الشركاء مجتمعين ومنفردين بالدين لأن الشريك كفيل لباقي الشركاء[٣].

(ب) وجوب قيام الشريك بتقديم حصة ما لاعتباره شريكاً :

من المعلوم أن تقديم الحصص يعتبر واحداً من الأركان الموضوعية الخاصة اللازمة لانعقاد عقد الشركة، إذ يتعذر على الشركة أن تحقق الغرض الذي قامت من أجله إذا كانت تفتقر للمقومات اللازمة لذلك وفي مقدمتها رأس المال. وعليه، فمن المتعين على كل شريك أن يقدم حصة ما سواء تمثلت في صورة نقدية أم عينية أم عمل، أما من يعتمد فقط على سمعته أو على نفوذه الأدبي والمالي[٤] أو يتعهد صورياً بتقديم حصة لإضفاء الشرعية على ما يسمى بشركات الواجهة فلا يعتبر شريكاً في الشركة، وقد جاءت المادة ١٤ من قانون الشركات لتؤكد ذلك حيث نصت على أنه «يجوز أن تكون حصة الشريك مبلغاً معيناً من النقود، ويجوز أن تكون عيناً، كما يجوز في غير الأحوال المستفادة من أحكام هذا القانون أن تكون عملاً، ولكن لا يجوز أن تكون حصة الشريك ما له من سمعة أو نفوذ[٥]. وهو ما سبق لمحكمة استئناف أبوظبي إن أقرته حيث قضت بأن مساهمة الشريك في الشركة شرط لقيامها، وأن السمعة التجارية التي يتمتع بها الشخص لا تعتبر من الأموال المعدودة نظراً لتعذر تقييمها، وبالتالي فإن مقدمها لا عتبر شريكاً، ومن ثم فإنه لا يسأل عن الديون التي اقترضها الشريك الآخر بدون تفويض[٦].

(جـ) وجوب اقتسام جميع الشركاء للربح والخسارة :

تتميز الشركة عن الجمعيات الأدبية والخيرية والفنية وغيرها من جمعيات النفع العام بأن الأخيرة تستهدف تحقيق غايات اجتماعية أو أدبية أو فنية بينما تستهدف الشركة تحقيق الربح، ولذا فإن من المتعين أن ينال كل من الشركاء نصيباً من ذلك الربح فيما لو حققت الشركة ربحاً، أو يتحمل نصيباً من الخسارة في حال تحققها. ويعتبر ذلك واحداً من الأركان الموضوعية الخاصة التي يقوم عليها عقد الشركة بحيث لا يجوز للشركاء أن يتفقوا على إعفاء أحدهم من الخسارة أو حرمانه من الربح لأن ذلك يتعارض مع فكرة تعاضدهم وتعاونهم في تحمل مخاطر المشروع الذي قامت من أجله الشركة(٧). وقد أكدت ذلك المادة ١٨ من القانون حيث قضت بأنه «إذا اتفق في عقد الشركة على حرمان أحد الشركاء من الربح أو إعفائه من الخسارة كان العقد باطلاً»(٨). وهو ما سبق أن أقرته محكمة استئناف أبوظبي حيث قضت بأن من مقومات عقد الشركة ومن خصائصه أن يساهم كل شريك في الأرباح والخسائر بنصيب ما فإذا أعفي أحد الشركاء من تحمل الخسائر مع مقاسمته للأرباح كانت الشركة باطلة(٩).

(د) حق الشريك في مطالبة القضاء بحل الشركة :

من الأسباب التي تؤدي لانقضاء الشركات - وخاصة شركات الأشخاص - لجوء أحد الشركاء إلى القضاء مطالباً بحل الشركة، ويتحقق ذلك عادة حينما يقوم سبب يتعذر معه استمرار الشركة بين الشركاء، كما لو أخل شريك بالتزامه بتقديم حصته أو عجز الشريك الذي تمثلت حصته في صورة عمل عن مباشرة ذلك العمل، علماً بأن للمحكمة القول الفصل بالنسبة لتقدير سبب الحل حيث أن ذلك يعتبر من المسائل الموضوعية التي تقدرها المحكمة على ضوء ظروف الدعوى. هذا، ويعتبر حق الشريك في طلب حل الشركة عن طريق القضاء متصلاً بالنظام العام، ومن ثم فإنه يقع باطلاً كل اتفاق يقضي بحرمان الشريك من ذلك الحق(١٠). وقد أكدت ذلك المادة ٢٨٢ من القانون حيث قضت بأنه «يجوز للمحكمة أن تقضي بحل أية شركة من شركات التضامن أو التوصية البسيطة أو المحاصة بناء على طلب أحد الشركاء إذا تبين لها وجود أسباب جدية تسوغ ذلك. وكل شرط يقضي بحرمان الشريك من استعمال هذا الحق يعتبر كأن لم يكن»(١١)، وهو ما سبق للمحكمة الاتحادية العليا أن قررته في حكم لها صادر من دائرة طعون النقض المدنية حيث قضت بأن «من الأصول المقررة في القوانين المقارنة والتي تتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية أن من بين أسباب انقضاء الشركة صدور حكم قضائي بحلها. ومن ثم فإنه يصح في القانون أن تقضي المحكمة بحل الشركة إذا طلب ذلك أحد الشركاء لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو لأي سبب آخر تقدر المحكمة أن له من الخطورة ما يسوغ الحل»(١٢).

المطلب الثاني

مراعاته للأوضاع المحلية في دولة الإمارات

استناداً إلى أن القانون عبارة عن مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات في المجتمع، فإنه يتعين على واضعي القواعد القانونية الإحاطة بكافة هذه الأوضاع وتلك العلاقات بحيث تأتي أحكام تلك القواعد بمثابة الاستجابة الطبيعية والانعكاس الحي لما ينبغي أن تكون عليه الحلول؛ ومن هنا صحّ القول بأن القواعد التي تصلح لتنظيم العلاقات في مجتمع ما قد لا تصلح لتنظيم ذات العلاقات في مجتمع آخر.

والواقع أن قانون الشركات قد راعى الظروف والأوضاع المحلية في الدولة الاتحادية، ويكفي للتدليل على صحة ما نذهب إليه أن نسوق المؤشرات التالية:

(أ) الأخذ بمعيار التأسيس لتحديد جنسية الشركة:

يترتب على اكتساب الشركة للشخصية المعنوية عدة آثار منها أنها تكون ذات جنسية[١٣]، وقد وجدت عدة معايير تستند إليها الدول لمنح الشركة جنسيتها، فالبعض يرى أن جنسية الشركة تتحدد بجنسية الدولة التي يوجد على إقليمها مركز إدارتها الرئيسي، وهو معيار يصلح للدول المصدرة لرأس المال حيث تكون شركات في الخارج وتجعل من بلدها مركزاً رئيسياً لإدارتها، إلا أن الأخذ به يؤدي لنتائج ضارة تكشفت جلياً خلال الحربين العالميتين حيث أن كثيراً من الشركات التي كان يملكها ألمان كانت تتخذ من باريس مركز إدارة رئيسي لها وبالتالي فإنها كانت تعتبر فرنسية طبقاً لهذا المعيار مما يتعذر معه اخضاعها للقيود المفروضة على شركات العدو، بل ومما يمكنها من الاستفادة من المزايا والتسهيلات التي تخص بها الدولة شركاتها الوطنية كتلقي القروض أو الإعفاء من الضرائب أو تقديم تسهيلات جمركية تشجيعاً لصناعة معينة، ولذا وجدنا فرنسا تلجأ للأخذ بمعيار إضافي هو معيار الرقابة[١٤].

أما معيار الرقابة فيقضي بأن جنسية الشركة تتحدد بجنسية من يملكون حق الرقابة عليها واتخاذ القرارات الرئيسية بشأنها، ولما كان ذلك من اختصاص أعضاء جمعيتها العمومية فإن جنسية الشركة تتحدد بجنسية غالبية أعضاء جمعياتها العمومية أي بجنسية من يملكون غالبية رأس مالها. وقد سبق لنا أن أشرنا إلى أن فرنسا أخذت بمعيار الرقابة خلال الحربين العالميتين لكي تعتبر الشركات المملوكة لأجانب والتي تتخذ من فرنسا مركزاً لإدارتها الرئيسية بمثابة شركات أجنبية لا وطنية وصولاً لتمكنها من وضعها تحت الحراسة نظراً لأنها تمثل مصالح أجنبية معادية.

هذا ويصعب الأخذ بمعيار الرقابة في دولة الإمارات نظراً لأن هذا المعيار يصلح فقط كأداة استثنائية في أوقات الأزمات الاقتصادية والسياسية[١٥] ناهيك عن أن معظم ما

يسمى بالشركات الخليجية والتي تم تأسيسها في الدولة هي في الواقع مملوكة لأشخاص يحملون الجنسية الكويتية فيما يجاوز ٩٠٪ من رأس مالها مما يترتب عليه أن تكتسب تلك الشركات الجنسية الكويتية طبقاً لمعيار الرقابة، كما يصعب الأخذ بمعيار مركز الإدارة الرئيسي في دولة الإمارات حيث أنها لا تعتبر من الدول المصدرة لرأس المال علاوة على قصور هذا المعيار في عهد الحروب والأزمات كما أسلفنا؛ فبذا لم يبق أمام المشرع في دولة الإمارات سوى الأخذ بمعيار التأسيس الذي يقضي بأن تكتسب الشركة جنسية الدولة التي تتأسس فيها بغض النظر عن مركز إدارتها الرئيسي أو عن جنسية الشركاء، فقد قضت المادة الثالثة من القانون بأن «كل شركة تؤسس في الدولة تحمل جنسيتها، ولكن لا يستتبع ذلك بالضرورة تمتع الشركة بالحقوق المقصورة على المواطنين»[١٦]، وهو موقف يستجيب تماماً للواقع العملي لدولة الإمارات العربية المتحدة.

(ب) النص على ضرورة مساهمة المواطنين بحد أدنى من رأس المال في الشركات التي تؤسس في الدولة:

انطلاقاً من واقع المصلحة الوطنية لدولة الإمارات فقد قضت المادة ٢٢ من القانون بأنه «يجب أن يكون في كل شركة تؤسس في الدولة شريك أو أكثر من المواطنين لا تقل حصته عن ٥١٪ من رأس مال الشركة»[١٧].

ومثل هذا الشرط يتعلق بالنظام العام بحيث يترتب على عدم مراعاته البطلان المطلق، ولزوم مثل هذا الشرط لا يقف فقط عند حد تأسيس الشركة، وإنما هو شرط لازم لاستمرارها كذلك، بمعنى أنه ليس مجرد شرط ابتداء وإنما هو شرط بقاء أيضاً.

وعلاوة على استلزام تملك المواطنين لما قيمته ٥١٪ من رأس مال الشركات عموماً، فقد استلزم المشرع أن يكون جميع الشركاء في شركة التضامن متمتعين بجنسية الدولة (المادة ٢٥ من القانون)[١٨] بمعنى أن تكون هذه الشركة مملوكة بالكامل للمواطنين، كما استلزم أن يكون جميع الشركاء المتضامنين في شركة التوصية البسيطة متمتعين بجنسية الدولة (المادة ٤٨ من القانون)[١٩] وكذلك الحال بالنسبة للشركاء المتضامنين في شركة التوصية بالأسهم (المادة ٢٥٧ من القانون)[٢٠].

أما بالنسبة لشركة المساهمة فقد استلزم ـ علاوة على نسبة ألـ ٥١٪ المشار إليها ـ أن يكون رئيس مجلس الإدارة متمتعاً بجنسية الدولة (المادة ٩٩ من القانون)[٢١]، كما استلزم أن تكون غالبية أعضاء مجلس الإدارة من المتمتعين بهذه الجنسية (المادة ١٠٠ من القانون)[٢٢].

(جـ) الاهتمام بالسجل التجاري كأداة إشهار في المسائل التجارية:

من المعلوم أن التجارة تقوم على الائتمان، الأمر الذي يستلزم وقوف المتعاملين مع

التجار عموماً على حقيقة مراكزهم المالية والإحاطة بنشاطهم التجاري، وقد استقر العمل على تحقيق ذلك عن طريق قيد كافة البيانات المتعلقة بهذا النشاط في سجل خاص هو السجل التجاري، وإيماناً من المشرع في دولة الإمارات بأهمية هذا السجل فقد أصدر القانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٧٥[٢٣].

والواقع أن القيد في هذا السجل يؤدي وظائف هامة هي الاستعلامية والإحصائية والاقتصادية وذلك علاوة على أهم وظائفه وهي الوظيفة القانونية باعتباره أداة الشهر الهامة في المسائل التجارية[٢٤]، وطبقاً لقانون إنشاء السجل في دولة الإمارات فإنه لا تترتب أية آثار قانونية على ما يقيد فيه، بمعنى أن قانون إنشائه قد أراد له أن يؤدي الوظائف الاستعلامية والإحصائية والاقتصادية فقط وهو وضع منتقد دونما شك، ولذا جاء قانون الشركات ليسد هذا النقص ويرتب آثاراً قانونية على ما يقيد في السجل التجاري ولسنا هنا بصدد تعداد كافة هذه الآثار التي رتبها المشرع بمقتضى قانون الشركات، ولذا فإننا سنكتفي بالإشارة إلى بعضها للتدليل على فضل قانون الشركات في سد بعض هذا القصور التشريعي الذي اكتنف قانون إنشاء السجل ذاته.

١ ـ تقضي المادة ١٢ من القانون بأنه فيما عدا شركات المحاصة لا يكون للشركة شخصية اعتبارية ولا يجوز لها أن تبدأ أعمالها إلا بعد قيدها في السجل التجاري ونشر المحرر الرسمي الصادر في النشرة الخاصة التي تصدرها الوزارة، ومع ذلك تكون للشركة خلال فترة التأسيس شخصية اعتبارية بالقدر اللازم لتأسيسها[٢٥].

وعليه، فإن اكتساب الشركة للشخصية المعنوية الكاملة منوط بتحقيق ذلك.

٢ ـ خوفاً من أن يتخذ اندماج الشركات وسيلة للإضرار بحقوق الدائنين بحيث يحال بينهم وبين استيفاء ديونهم عند انتهاء مدة الشركة أو تصفيتها فقد نصت المادة ٢٨٠ من قانون الشركات على أن «ينفذ قرار الاندماج بعد ثلاثة أشهر من تاريخ إشهاره بالقيد في السجل التجاري»[٢٦] بحيث يكون لدائني الشركة المندمجة خلال الميعاد المذكور المعارضة في الاندماج لدى الشركة بكتاب مسجل، ويظل الاندماج موقوفاً ما لم يتنازل الدائن عن معارضته أو تقضي المحكمة برفضها بحكم نهائي أو تقوم الشركة بوفاء الدين إذا كان حالاً أو بتقديم ضمانات كافية للوفاء به إذا كان آجلاً.

٣ ـ حفاظاً على الاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه شركات الأشخاص، وإبرازاً لأهمية القيد في السجل التجاري فقد قررت المادة ٢٨٤ من القانون بأنه: «إذا لم يرد بعقد شركة التضامن أو التوصية البسيطة أو المحاصة نص على استمرارها في حالة انسحاب الشريك أو وفاته أو صدور حكم بالحجر عليه أو بشهر إفلاسه أو بإعساره جاز للشركاء خلال ستين يوماً من وقوع أي من الحالات المشار إليها أن يقرروا بالإجماع استمرار الشركة فيما بينهم، ولا يجوز الاحتجاج بهذا الاتفاق على الغير إلا من تاريخ إشهاره بالقيد في السجل التجاري»[٢٧].

٤ - حفاظاً على حقوق الدائنين في شركة التضامن فقد قررت المادة ٣٤ من القانون بأنه «إذا انسحب شريك من الشركة فلا يكون مسؤولاً عن الالتزامات التي تنشأ في ذمة الشركة بعد إشهار انسحابه»[٢٨].

وواضح أن مفهوم المخالفة يقطع في الدلالة على مساءلة الشريك المنسحب عن الالتزامات التي تنشأ في ذمة الشركة بعد انسحابه منها في حالة عدم إشهار ذلك الانسحاب.

المطلب الثالث

مسايرته للاتجاهات التشريعية الحديثة

إزاء التطور الهائل في عالم الاقتصاد والتجارة فكثيراً ما يتفتق الواقع العملي عن قصور التشريع القائم عن كفالة التنظيم الأمثل للأوضاع المستجدة مما يلقي على عاتق المشرع دائماً وجوب وضع قواعد قانونية جديدة، ويقوم الفقه والقضاء بدور هام في هذا الصدد حيث يكشفان للمشرع مواضع النقص بل ويقدمان تصوراتهما نحو الحلول العادلة لمعالجة ذلك النقص؛ ولذا فإن المشرع الناجح هو الذي يستفيد من عصارة التجارب ويأتي بقواعد جديدة توائم التطور وتعبر بصدق عن الاتجاهات التشريعية الحديثة. والدراسة المتأنية لنصوص قانون الشركات التجارية تدل بوضوح على أن المشرع لم يكن بعيداً عن هذه الناحية ويكفي للتدليل على صحة ما نذهب إليه أن نسوق الأمثلة التالية :

(أ) السماح بتأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة بين زوجين :

لئن كان من المتعين ألا يقل الحد الأدنى لعدد الشركاء في الشركة عن شخصين كقاعدة عامة إلا أن بعض القوانين[٢٩] تأثراً بما استقر عليه الفقه والقضاء الفرنسيين في ظل قانون مارس سنة ١٩٢٥ قضت بأنه إذا كان الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة عبارة عن زوجين فإنه ينبغي أن يشركا معهما شخصاً ثالثاً على الأقل، وقد اقتبس مشروع قانون الشركات التجارية في دولة الإمارات هذا الحكم حيث قضت المادة ٢١٨ منه بأنه لا يجوز أن يقل عدد الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن اثنين، فإن كانت الشركة بين زوجين وجب أن يكون عدد الشركاء ثلاثة على الأقل، ولئن كان استلزام هذا الشرط مقبولاً في فرنسا حيث يسود نظام اختلاط الأموال بين الزوجين مما يؤدي لكون الشركة ذات ذمة مالية واحدة وبالتالي يجعلها شركة رجل واحد إلا أنه يفتقر لأي سند قانوني في بلادنا العربية حيث يسود نظام انفصال الأموال طبقاً للشريعة الإسلامية، والغريب في الأمر أن السماح بتأسيس هذه الشركة بين زوجين قد أصبح مستقراً في فرنسا منذ صدور مرسوم ١٩ ديسمبر سنة ١٩٥٨ الذي عدل نص المادة ١٨٤١/١ من القانون المدني الفرنسي وأجاز تكوين هذه الشركة بين زوجين إلا أنه نص على عدم جواز وجود الزوجين كشريكين متضامنين في شركة تضامن أو وجودهما كشريكين في شركة توصية[٣٠]. ولذا كان حرياً بالتشريعات العربية

التي نحت المنحى السابق بلا مقتضى أن تتخلص من هذا التقليد الأعمى، ولقد عمد المشرع المصري إلى تدارك ذلك حيث قضت الفقرة الأولى من المادة الثامنة من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بأنه «لا يجوز أن يقل عدد الشركاء المؤسسين في شركات المساهمة عن ثلاثة، كما لا يجوز أن يقل هذا العدد عن اثنين بالنسبة لباقي الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون»[٣١]. فبذا يكون المشرع المصري قد تخلص من هذا الشرط. كما أسفرت مناقشة مشروع قانون الشركات في جلسة المجلس الوطني الاتحادي في دولة الإمارات بتاريخ ١٩٨٣/٤/٥ عن تعديل نص المادة ٢١٨ من المشروع بحيث أصبح على النحو التالي «الشركة ذات المسؤولية المحدودة هي الشركة التي لا يجوز أن يزيد عدد الشركاء فيها على خمسين شريكاً ولا أن يقل عدد الشركاء عن اثنين»[٣٢]، فبذا جاء النص مطلقاً مما يعني السماح بتأسيس مثل هذه الشركة بين أي شخصين حتى لو كانا زوجين.

(ب) حظر إنشاء حصص تأسيس وإصدار أسهم ممتازة :

حصص التأسيس عبارة عن صكوك قابلة للتداول تمنح لمن قدموا خدمات للشركة أثناء تأسيسها، وتخولهم الحق في الحصول على نصيب من أرباحها كما تخولهم أحياناً الحق في الحصول على نصيب من موجودات الشركة عند تصفيتها وهي تشبه الأسهم من حيث قابليتها للتداول واستحقاق حاملها لنصيب في الربح أو في موجودات الشركة إلا أنها تختلف عنها من حيث أنه لا يوجد لها مقابل في رأس المال. وقد ظهرت هذه الحصص لأول مرة سنة ١٩٥٨ بمناسبة تأسيس شركة قناة السويس مكافأة لمؤسسي الشركة وللحكومتين المصرية والفرنسية حيث وزعت حصص ذات حق في عشر أرباح الشركة[٣٣]، ثم جرى العمل بحصص التأسيس في شركات المساهمة الكبرى باعتبارها وسيلة لمكافأة مؤسسي هذه الشركات ولتشجيع ذوي النفوذ وحملهم على المساعدة في تأسيسها[٣٤].

وواقع الأمر أن منح هذه الحصص قد أصبح محلاً للنقد الشديد نظراً لأنها لا تمثل حصصاً حقيقية حيث لا يوجد لها مقابل في رأس المال، كما أنها تشكل عبئاً على الشركة لأنها تلزم بتقديم أرباح لأصحاب هذه الحصص طول حياتها، ناهيك عن أن المؤسسين غالباً ما يغالون في تقدير جهودهم ليصلوا إلى أكبر قدر من الأرباح بفضل هذه الحصص. ولذا تولد اتجاه قوي ضد منحها ونادى أنصاره بوجوب إعطاء المؤسسين مكافأة عن جهودهم تريح الشركة إلى الأبد، فحرمها المشرع اللبناني منذ سنة ١٩٤٢ بمقتضى المادة ٢/١٠٣ من القانون التجاري، كما عمد المشرع المصري بموجب المادة العاشرة من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ إلى تضييق الخناق عليها حيث لم تسمح المادة المذكورة بمنحها إلا لمن يقدم براءة اختراع، وأجازت الجمعية العمومية إلغاءها

بعد مضي ثلث مدة الشركة أو عشر سنوات على الأكثر، ثم عمد القانون السوري رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٩ إلى تحريمها بعد أن كان قد أجازها ونظمها بموجب المواد ١٣٤ - ١٤٠ من القانون التجاري، كما حرمها المشرع الفرنسي بموجب المادة ٢٦٤ من قانون الشركات الصادر سنة ١٩٦٦[٣٥] بعد أن كان قد نظمها بموجب قانون ٣١ مارس سنة ١٩٢٧، كما حظرتها المادة ٤٢ من القانون المصري رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ في شأن المؤسسات العامة وشركات القطاع العام. إلا أن المشرع المصري ما لبث أن عاد فأقر إنشاء حصص تأسيس بالنسبة للشركات التي تؤسس حديثاً وذلك بموجب المادة ٣٤ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ وهو وضع منتقد ويكاد يكون أثراً من الماضي البغيض كما أسلفنا. ولذا أحسن المشرع في دولة الإمارات صنعاً حين ساير هذا الاتجاه التشريعي الحديث فقضت الفقرة الثانية من المادة ١٥٢ من قانون الشركات بأنه «لا يجوز إنشاء حصص تأسيس ولا منح مزايا خاصة للمؤسسين أو غيرهم»[٣٦].

أما الأسهم الممتازة فعبارة عن الأسهم التي تخول أصحابها التمتع بحقوق أعلى مرتبة من تلك التي يتمتع بها أصحاب الأسهم العادية سواء من حيث الربح أو من حيث عدد الأصوات في الجمعيات العمومية[٣٧] أو من حيث الأولوية عند تقسيم موجودات الشركة في حالة التصفية.

والأصل أن يتمتع حاملو الأسهم بحقوق متساوية وأن يخضعوا لالتزامات متساوية، أما تقرير الامتياز فيعتبر استثناء من القاعدة العامة ولا يلجأ إليه إلا لجذب كبار المدخرين عند الرغبة في زيادة رأس مال الشركة. وإصدار هذه الأسهم جائز في سوريا ولبنان[٣٨]، وقد ظهر لأول مرة في ألمانيا في أعقاب الحرب الأولى حيث بدأ الأمريكيون يتهافتون على شراء أسهم الشركات الألمانية بأسعار رخيصة جداً مستفيدين من الظروف التي خلفتها الحرب، لذا اضطر الألمان لإصدار أسهم متعددة الأصوات يقصرون الاكتتاب فيها على المواطنين لتكون لهم الأغلبية في اتخاذ القرارات في الجمعيات العمومية، ثم ما لبث هذا النظام أن انتقل إلى فرنسا، وما زال هذا النوع معروفاً في القانونين الإيطالي والألماني، ولكن الملاحظ أنه لا يمكن إصدار هذا النوع من الأسهم في هذين البلدين إلا في حدود نصف رأس مال الشركة[٣٩].

وواقع الأمر أن إصدار الأسهم الممتازة قد أصبح محل تردد شديد من قبل التسريعات المختلفة، فعندما صدر قانون الشركات الفرنسي سنة ١٩٦٦ قرر حظر إصدار الأسهم الممتازة[٤٠] كما لم تجز المادة ٤٢ من القانون رقم (٦٠) لسنة ١٩٧٢ بشأن شركات القطاع العام في مصر إصدار أسهم تعطي أصحابها امتيازاً من أي نوع[٤١]، وحظرها قانون الشركات الأردني بموجب الفقرة الثانية من المادة ٤٧، ولذا أحسن المشرع في دولة الإمارات صنعاً حين نصت الفقرة الثانية من المادة ١٥٢ من قانون الشركات على أنه: «لا يجوز للشركة إصدار أسهم تعطي أصحابها امتيازاً من أي نوع[٤٢]».

(جـ) الوقت الذي تكتسب فيه الشركة الشخصية المعنوية[٤٣] :

تجري التشريعات العربية بصورة عامة[٤٤] على إكساب الشركة للشخصية المعنوية بمجرد انعقاد عقدها صحيحاً[٤٥]، بل إن هذا هو ما يقرره قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات حيث تقضي مادته ١/٦٥٥ باعتبار الشركة شخصاً اعتبارياً بمجرد تكوينها أي بمجرد انعقاد عقدها صحيحاً . إلا أن هذه التشريعات قد وضعت استثناءات عدة طغت على القاعدة الأساسية بحيث يمكن القول أن الاستثناء قد أضحى قاعدة وأن القاعدة قد غدت استثناء، فالمادتان ٣/٥ و٧٠ من قانون الشركات المصري رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ تقضيان بأن شركة المساهمة ذات الاكتتاب المغلق والشركة ذات المسؤولية المحدودة لا تكتسبان الشخصية المعنوية إلا بعد قيدهما في السجل التجاري ونشر المحرر الرسمي بتأسيسهما في الجريدة الرسمية[٤٦]، وذلك علاوة على الاستثناء الخاص بشركات المساهمة التي تطرح أسهمها للاكتتاب العام حيث لا تكتسب الشخصية المعنوية إلا بعد صدور القرار الجمهوري بتأسيسها[٤٧] .

وإلى جانب هذه الصعوبة المتمثلة بكثرة الاستثناءات على القاعدة الأساسية برزت صعوبة أخرى مقتضاها أنه على الرغم من اكتساب الشركة للشخصية المعنوية منذ انعقاد عقـدها صحيحاً إلا أنه لا يجوز الاحتجاج على الغير بقيام هذه الشخصية إلا منذ لحظة استيفاء قيدها في السجل التجاري، وذلك مع تخويل هذا الغير الحق في التمسك بوجود الشركة رغم عدم استيفاء ذلك القيد .

وإزاء ما سبق ومراعاة لما تأخذ به تشريعات دول السوق الأوروبية المشتركة[٤٨] فقد نصت المادة الخامسة من قانون الشركات الفرنسي لسنة ١٩٦٦ على أن الشركات التجارية لا تتمتع بالشخصية القانونية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري . وعلى هذا النحو سار قانون الشركات المصري الجديد رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ حيث قضت مادته الثانية والعشرون بأن «يجب إشهار عقد الشركة ونظامها بحسب الأحوال في السجل التجاري، ولا تثبت الشخصية الاعتبارية للشركة ولا يجوز لها أن تبدأ أعمالها إلا من تاريخ الشهر في السجل التجاري»[٤٩]، وانسجاماً مع التوجه الجديد قضت المادة ١٢ من قانون الشركات بأنه «فيما عدا شركات المحاصة، لا يكون للشركة شخصية اعتبارية ولا يجوز لها أن تبدأ أعمالها إلا بعد قيدها في السجل التجاري ونشر المحرر الرسمي الصادر في النشرة الخاصة التي تصدرها الوزارة».

فبذا يكون الاتجاه الجديد قد قضى على تعدد الاستثناءات بتحديده طريقاً واحداً لاكتساب جميع الشركات للشحصية المعنوية وهو إشهارها عن طريق قيدها في السجل التجاري، وجعل الاعتداد بهذه الشخصية قائماً منذ تلك اللحظة سواء بالنسبة للشركاء أو بالنسبة للغير .

(د) تبني نظام التفتيش الإداري على شركة المساهمة :

انطلاقاً من أهمية المشروعات التي تتصدى لها الشركات المساهمة وخطورة فشلها على الاقتصاد الوطني، ونظراً لارتباط مصالح عدد كبير جداً من صغار المدخرين بهذه الشركات، وضماناً لوجود رقابة فعالة تسد العجز المتمثل في رقابة الجمعية العمومية للمساهمين وتعمل على كبح جماح مجلس الإدارة وغل يده في السيطرة على مقدرات الشركة والتحكم في تسيير الأمور داخل الجمعية العمومية، وإزاء الصعوبة المتمثلة في استلزام إثبات الخطأ على أعضاء مجلس الإدارة لقيام مسؤوليتهم أمام القضاء، وفي حظر طلب المساهمين لتعيين خبير لفحص حالة الشركة(٥٠)، وفي كون حق المساهم في الاطلاع على دفاتر الشركة المساهمة حق استثنائي يخضع للشروط المنصوص عليها في عقد الشركة أو في نظامها الأساسي(٥١) ما لم يستند طلبه في الاطلاع إلى غش أو مخالفة للقانون(٥٢)؛لذلك كله، فقد كان من المتعين أن تلجأ التشريعات لإقرار نظام التفتيش الإداري على الشركات المساهمة.

والواقع أن هذا التفتيش يفتح المجال لإمكان الملاحقة الجزائية مما يؤدي لعلاج حالات ظلم الأقلية ويسهل اطلاع المستثمرين والشركاء والدائنين على أمور الشركة، كما قد يسفر عن اكتشاف ثغرات في المعالجة التشريعية مما يحمل القائمين على سد النقص التشريعي(٥٣)، وأخيراً فإن التفتيش يعد أمراً هاماً حيث أن توقع القائمين على أمور الشركة لإجرائه وعلمهم بآثاره الخطيرة سيحملهم على الابتعاد عن المخالفات مما يجعل منه إجراء وقائياً يفضل الإجراء العلاجي المتمثل في اللجوء للقضاء بعد وقوع المخالفة(٥٤)، فبذا تستغني الشركة عن عنت إجراءات التقاضي وتتجنب قدراً كبيراً من التشهير بها.

ونظام التفتيش موجود في القانون الإنجليزي حيث تقرر المادة ١٦٤ من قانون الشركات لسنة ١٩٤٨(٥٥) لوزارة التجارة مباشرة التفتيش بناء على طلب المساهمين، كما أنه موجود في القانون الإيطالي حيث تقرر المادتان ٢٣٩٣ و٢٣٩٤ حق التفتيش للقضاء بناء على طلب عدد من المساهمين يملك خمس رأس المال ولا وجود لهذا النظام في القانون المصري القديم لأن هـذا القانون منقول عن فرنسا، وتم استحداثه لأول مرة في مصر بموجب القانون رقم (٢٦) لسنة ١٩٥٤ كما أخذ به القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بموجب المواد ١٥٨ ـ ١٦٠.

أما في الكويت فقد اقتصرت المادة ١٧٨ من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ على النص بأن «للدائرة الحكومية المختصة أن تراقب شركة المساهمة في كل ما يتعلق بتنفيذ أحكام القانون والنظام الأساسي، ويجوز أن تكلف في أي وقت مراقب حسابات الشركة بتفتيش حساباتها وسائر أعمالها»؛ إلا أن هذه المادة لم تبين اختصاصات وسلطات الجهات الحكومية إذا أسفرت تلك المراقبة عن وجود مخالفات لأحكام القانون والنظام

الأساسي مما يترتب عليه أن وقفت الجهات الحكومية عاجزة إزاء ما تكشف لها من مخالفات، ومعالجة لذلك صدر المرسوم بقانون رقم (٣) لسنة ١٩٧٥ الذي أضاف للمادة ١٧٨ من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ فقرة ثانية تنص على ما يلي «ويجوز للدائرة الحكومية المختصة إذا تبين لها أنه قد وقعت مخالفات لأحكام هذا القانون أو أن بعض القائمين على إدارة الشركة أو مؤسسيها قد تصرفوا تصرفات تضر بمصالح الشركة أو بمصالح المساهمين أو بعضهم أو تؤثر على الاقتصاد القومي أن تقدم تقريراً بذلك إلى الجمعية العامة، ولها أن تدعو الجمعية العامة للاجتماع للنظر في هذا التقرير بالإضافة إلى إبلاغ الجهات المختصة بوقوع مثل هذه التصرفات».

وعلى الرغم من هذا التعديل إلا أن نظام التفتيش في الكويت يتسم بالقصور التام، فقد بقيت مباشرة التفتيش من حق الجهات الحكومية وحدها دون إعطاء المساهمين الحق بطلب قيام الجهة الحكومية بالتفتيش حينما يلاحظون وجود مخالفات جسيمة للقانون أو للنظام الأساسي للشركة، ناهيك عن أن المشرع الكويتي لم يضع معالجة شاملة للأمر فيوضح الأحكام المتعلقة بكشف التفتيش عن صحة المخالفات المنسوبة لأعضاء مجلس الإدارة أو عن عدم صحة تلك المخالفات[٥٦].

والواقع أن المشرع في دولة الإمارات قد أحسن صنعاً حينساير التوجه الجديد فنظمت المواد ٣١٨ - ٣٢١ من قانون الشركات التفتيش على شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم[٥٧] حيث لم يكتفِ المشرع بمباشرة الرقابة من قبل مراجعي الحسابات وإنما جعل هذه الرقابة كذلك حقاً لوزارة الاقتصاد والتجارة وذلك بالتنسيق مع السلطة المختصة في الإمارة المعنية[٥٨].

وتتم مباشرة الرقابة المشار إليها بإحدى طريقتين:

(أ) بمبادرة ذاتية من وزارة الاقتصاد والتجارة كلما تراءى لها ذلك[٥٩]، فإذا اتضح من نتيجة التفتيش أن الشركة قد أنشئت أو أنها تباشر نشاطاً خلافاً للقانون، فإنه يجوز لهذه الوزارة أن تطلب حل الشركة وعندها يكون الفصل في هذا الطلب للمحكمة الابتدائية الاتحادية.

(ب) بطلب من الشركاء الحائزين على الأقل لربع رأس المال في شركات المساهمة[٦٠] وذلك حين يلاحظون وجود مخالفات جسيمة للقانون أو للنظام الأساسي للشركة من قبل أعضاء مجلس الإدارة أو مراجعي الحسابات ويتقدم هؤلاء إلى وزارة الاقتصاد والتجارة[٦١] مطالبين بالتفتيش على الشركة، ويضمنون طلبهم الأدلة التي تؤيد صحة ادعاءاتهم وتنفي عنها مظنة الإساءة والتشهير.

واستبعاداً للدعاوي الكيدية يطلب من هؤلاء إيداع الأسهم التي يملكونها لدى تلك الوزارة إلى أن يتم الفصل في طلبهم، فإذا لاحظت الوزارة ما يرجح وقوع المخالفات المدعى بها استمعت إلى أقوال الطالبين وأعضاء مجلس الإدارة ومراجعي الحسابات في

جلسة سرية ثم أمرت بندب خبير أو أكثر للتفتيش على أعمال الشركة ودفاترها وذلك على نفقة طالبي التفتيش فإذا تبين للوزارة عدم صحة ادعاءات طالبي التفتيش فإنها تلزم هؤلاء بنفقات ذلك التفتيش مع مطالبتهم بالتعويض إن كان لذلك مقتضى، كما يجوز لها أن تأمر بنشر نتيجة التفتيش في إحدى الصحف اليومية المحلية التي تصدر باللغة العربية.

أما إذا تبين للوزارة أن المخالفات المنسوبة إلى أعضاء مجلس الإدارة ومراجعي الحسابات صحيحة، فمن المتعين عليها أن تأمر باتخاذ التدابير العاجلة وتدعو الجمعية العمومية للانعقاد فوراً برئاسة مندوب عن الوزارة يختاره الوزير نفسه. وللجمعية العمومية أن تطلب تغيير مراجعي الحسابات وتقيم دعوى المسؤولية ضدهم، كما أن لها أن تقرر عزل أعضاء مجلس الإدارة وتقيم دعوى المسؤولية ضدهم إلا أن قرارها هذا لا يكون صحيحاً إلا إذا وافق عليه الشركاء الحائزون لنصف رأس المال بعد أن يستبعد منه نصيب من ينظر في أمر عزله من أعضاء المجلس[٦٢].

(هـ) تنظيمه لتحويل شركة المساهمة الخاصة إلى شركة مساهمة عامة:

قد يغري نجاح شركة المساهمة الخاصة مؤسسيها بتحويلها إلى شركة مساهمة عامة، وقد يعمدون إلى ذلك مستخدمين وسائل من شأنها تضليل الجمهور عن طريق المبالغة في توزيع أرباح صورية مثلاً، ومن هنا فقد أحاط المشرع في دولة الإمارات تحويل هذه الشركة إلى شركة مساهمة عامة بمجموعة من الضوابط والضمانات تستهدف المحافظة على مصالح صغار المدخرين وتبصيرهم بحقيقة الشركة بحيث يأتي قرار مساهمتهم مبنياً على أسس سليمة وواقعية[٦٣].

وطبقاً للمادة ٢١٧ من القانون فإن الشروط التي ينبغي توافرها لتحويل هذه الشركة إلى شركة مساهمة عامة هي[٦٤]:

١ - أن يتم الوفاء بكامل القيمة الإسمية للأسهم المصدرة.

٢ - أن تنقضي مدة لا تقل عن سنتين ماليتين للشركة.

٣ - أن تكون الشركة قد حققت خلال السنتين السابقتين لطلب التحويل أرباحاً صافية قابلة للتوزيع على المساهمين لا يقل متوسطها عن عشرة في المائة من رأس المال.

٤ - أن يصدر قرار بذلك من الجمعية العامة غير العادية وبأغلبية ثلاثة أرباع رأس المال.

٥ - أن يصدر تصريح من السلطة المحلية المختصة وقرار من وزير الاقتصاد والتجارة بالموافقة على طلب التحويل.

المبحث الثاني

المآخـــذ

يؤخذ على قانون الشركات في دولة الإمارات اتسامه بعيب الصياغة ووجود تناقض أو عدم اتساق تشريعي بين نصوصه وذلك إلى جانب القصور التشريعي، وسنتناول دراسة هذه المآخذ في ثلاثة مطالب مستقلة.

المطلب الأول

عيب الصياغة

لئن كانت الصياغة السليمة أمراً ضرورياً بالنسبة لكافة التصرفات المكتوبة، فإن القواعد التشريعية أحوج ما تكون لذلك قطعاً لدابر الخلاف وتجنباً للمذاهب الشتى في التفسير وتحديداً لموقف المشرع بما لا يدع مجالاً لشك. ومن هنا، جاء تعريف التشريع بأنه عبارة عن قيام سلطة مختصة في الدولة بصياغة القواعد القانونية صياغة فنية مكتوبة وإعطائها قوة الإلزام.

والدراسة المتأنية لصياغة نصوص بعض مواد قانون الشركات في دولة الإمارات تجعلنا في مواجهة عدة ملاحظات أهمها إيراد ألفاظ لا داعي لها، أو الإتيان بتعريفات قاصرة أو الخلط بين تعبيرات معينة، وسنلقي مزيداً من الضوء على هذه الملاحظات.

(أ) إيراد ألفاظ لا داعي للإتيان بها :

تقتضي الصياغة السليمة للقواعد القانونية أن تقتصر العبارة على الألفاظ الضرورية للتدليل على المعنى أو الحكم المقصود دونما إفاضة تضطر المشرع لإقحام ألفاظ لا ضرورة إليها. والملاحظ أن نصوص قانون الشركات التجارية في دولة الإمارات قد خرجت على هذا النهج في أكثر من موضع، وللتدليل على صحة ما نذهب إليه نسوق الأمثلة التالية :

١ ـ لقد جاء نص المادة ٣٨ الذي يتناول إدارة شركة التضامن على النحو التالي : «تكون إدارة الشركة لجميع الشركاء المتضامنين» إلا إذا عهد بالإدارة بمقتضى عقد الشركة أو عقد مستقل إلى شريك أو أكثر أو إلى شخص غير شريك».

فهذه المادة تنظم شكل الإدارة في شركة التضامن وتشير إلى أن الأصل هو أن يعهد لجميع الشركاء بتولي الإدارة ما لم يقم الشركاء بتعيين مدير أو أكثر لتولي ذلك وسواء كانوا من الشركاء أم من الغير، وسواء عينوا بموجب عقد التأسيس أم بموجب عقد مستقل.

ولكن يلاحظ أن المشرع قد أورد لفظ المتضامنين كوصف للفظ «الشركاء» وهو أمر مقبول لو كانت الشركة التي تتحدث عنها المادة شركة توصية بسيطة حيث أن الشركة الأخيرة تضم نوعين من الشركاء متضامنين وموصين، أما وإن شركة التضامن لا تضم سوى فئة واحدة من الشركاء هم الشركاء المتضامنون، فإن إيراد لفظ المتضامنين هنا يعتبر تزيداً من المشرع مما يستوجب حذفه(٦٥).

٢ ـ لقد جاء نص المادة ١٥٤ والذي يتناول الشكل الذي تصدر به الأسهم في شركات المساهمة على النحو التالي: «تصدر الأسهم إسمية ولا يجوز إصدار أسهم لحاملها».

فهذه المادة تتعرض للشكل الذي ينبغي أن يصدر عليه السهم في دولة الإمارات، ومن المعلوم أن الأسهم تنقسم من حيث الشكل الذي تصدر به إلى أسهم إسمية وأخرى إذنية وأسهم لحاملها. ويبدو أن المشرع في دولة الإمارات اختار صدور الأسهم بشكل واحد وهو الأسهم الإسمية وذلك وصولاً لإمكان الرقابة الفعالة على أشخاص المساهمين وجنسياتهم وتجنباً للمخاطر الناجمة عن ضياع الأسهم أو سرقتها؛ علماً بأن هذا ما تجري عليه معظم التشريعات(٦٦) إذ أن القليل منها يجيز إصدار أسهم إذنية أو أسهم لحاملها ويضع قيوداً على ذلك الإصدار(٦٧). ولكن نص هذه المادة جاء معيباً حيث لم يكتف بانتقاء الصورة التي يريدها المشرع لإصدار الأسهم فيورد عبارة «تصدر الأسهم إسمية» وإنما استطرد مستبعداً صورة أخرى من الصور التي تصدر بها الأسهم حين أضاف «ولا يجوز إصدار أسهم لحاملها» في حين كان المفروض بالمشرع إما ان يكتفي بعمومية صدر المادة الذي يقضي بوجوب إصدار الأسهم إسمية وهو الموقف الذي نرجحه(٦٨)، أو أن يكمل العبارة التي أضافها بحيث يشمل الاستطراد استبعاد صورة أخرى من الصور التي تصدر بها الأسهم ويصبح النص على النحو التالي «ولا يجوز إصدار أسهم لحاملها أو أسهم إذنية».

٣ ـ لقد جاء نص المادة ١٦٠ من القانون والذي يتناول قسائم أرباح الأسهم على النحو التالي «يجوز أن تكون القسائم إسمية أو لحاملها، وتكون في جميع الأحوال قابلة للتداول وكل شرط يقيد حرية تداولها يعتبر كأن لم يكن».

فهذه المادة تتحدث عن قسائم أرباح الأسهم لا عن الأسهم ذاتها فتبين الصورة التي تصدر بها وتتكلم عن قابليتها للتداول بصورة مطلقة بحيث يعتبر باطلاً كل شرط يحد من حرية تداولها. وواضح أن المشرع يبيح إصدار هذه القسائم بصورة إسمية أو لحاملها، وعلة ذلك أن هذه القسائم لا تمثل حصصاً في شركة وإنما تمثل مجرد حق نقدي لحاملها، ومن هنا فلا مجال للخشية من انتقالها لأي شخص سواء كان مواطناً أو غير مواطن، والمشرع محق في سماحه بإصدار قسائم الأسهم بصورة إسمية أو لحاملها، ولكن الملاحظ أنه قد سبق لهذا المشرع أن أشار في المادة ١٥٤ إلى ذلك حيث

جاء عجز تلك المادة على النحو التالي «أما قسائم الأرباح التي يعين نظام الشركة شكلها وأحكامها فيجوز **أن تكون إسمية** أو لحاملها» وهو موقف واضح وصريح، وكان المفروض أن يقف المشرع عنده، إلا أنه لم يكتف بذلك بل عاد وكرر هذه الحقيقة في المادة ١٦٠ على النحو المشار إليه مما يجعل من النص الأخير تكراراً لا داعي له ويستوجب حذفه.

٤ ـ لقد جاء نص المادة ٢١٨ من القانون والذي يتناول تعريف الشركة ذات المسؤولية المحدودة على النحو التالي: «الشركة ذات المسؤولية المحدودة هي الشركة التي لا يجوز أن يزيد عدد الشركاء فيها على خمسين شريكاً ولا أن يقل عدد الشركاء عن اثنين».

فالمشرع في هذا التعريف يكرس على وضع سقف أعلى لعدد الشركاء في هذه الشركة بحيث لا يتجاوز هذا العدد خمسين شريكاً(٦٩)، وتكمن علة ذلك في المحافظة على بعض خصائص هذه الشركة والتي من جملتها الاهتمام بالاعتبار الشخصي إلى حد ما(٧٠)؛ إلا أن المشرع قد عمد إلى وضع سقف أدنى حين استلزم ألا يقل عدد الشركاء فيها عن اثنين. ومما لا شك فيه أن ذلك يعتبر تزيداً من قبل المشرع طالما أن هذه شركة كغيرها من الشركات، وطالما أنه قد سبق لهذا المشرع أن قيد الحد الأدنى لعدد الشركاء في المادة الرابعة من القانون والتي جاء نصها على النحو التالي:

«الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يسهم كل منهم في مشروع اقتصادي يستهدف الربح... إلخ» وبناء على ذلك فإن عبارة «ولا أن يقل عدد الشركاء عن اثنين» الواردة في المادة ٢١٨ من القانون تعتبر زائدة(٧١) طالما أن ذلك أمر تستلزمه المادة الرابعة من القانون. ولا يقبل الاحتجاج هنا بأن هدف المشرع من التكرار دفع مظنة الاعتقاد بوجوب توافر شريك ثالث عندما يكون الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة زوجين طبقاً لما كان يجري عليه العمل في الماضي، لأن العمل على دفع كل مظنة يقحم المشرع في ميدان رحب يصعب تحديد نطاقه.

(ب) قصور التعريفات التي يوردها:

ينبغي أن يشمل أي تعريف يورده المشرع كافة الخصائص المميزة للشيء المعرف بحيث يأتي التعريف جامعاً مانعاً، ولو ألقينا نظرة فاحصة على بعض التعريفات الواردة في قانون الشركات التجارية في دولة الإمارات لوجدنا خروجاً على هذا النهج يتضح مما يلي:

١ ـ تعرف المادة ٦٤ من القانون شركة المساهمة العامة على النحو التالي «تعتبر شركة مساهمة عامة كل شركة يكون رأسمالها مقسماً إلى أسهم متساوية القيمة قابلة للتداول ولا يسأل الشريك فيها إلا بقدر حصته في رأس المال».

وواضح من هذا التعريف أنه يركز على بعض الخصائص الأساسية لشركات الأموال وسواء كانت شركات مساهمة خاصة أم شركات مساهمة عامة إذ يقضي بقسمة رأسمالها إلى أسهم متساوية القيمة وبقابلية الأسهم للتداول وبمساءلة الشريك عن ديون الشركة في حدود حصته في رأس المال فقط، وعلى ذلك فإن ما أورده المشرع في المادة ٦٤ من القانون لا يعتبر تعريفاً جامعاً مانعاً لشركة المساهمة العامة إذ من السهولة بمكان أن تنضوي تحت هذا التعريف شركة المساهمة الخاصة أيضاً.

وبالرجوع لنص المادة ٢١٥ من القانون والذي جاء على النحو التالي «يجوز لعدد من المؤسسين لا يقل عن ثلاثة أشخاص أن يؤسسوا فيما بينهم شركة مساهمة خاصة لا تطرح أسهمها للاكتتاب العام وأن يكتتبوا بكامل رأس المال الذي يجب ألا يقل عن مليوني درهم» يتضح لنا أن الفيصل بين الشركتين إنما يكمن في طرح أسهم إحداهما للاكتتاب العام وعدم طرح أسهم أخرى لهذا الاكتتاب[٧٢]. وعليه، فإنه ينبغي تعديل التعريف الوارد في المادة ٦٤ من القانون بحيث يتضمن إشارة إلى هذا الفارق الأساسي ويصبح على النحو التالي «تعتبر شركة مساهمة عامة كل شركة يكون رأسمالها مقسماً إلى أسهم متساوية القيمة قابلة للتداول ويكتتب المؤسسون في جزء منها ويطرحون الباقي للاكتتاب العام ولا يسأل الشريك فيها إلا بقدر حصته في رأس المال»[٧٣].

٢ ـ تعرف المادة ٢٣ من القانون شركة التضامن بأنها «الشركة التي تتكون من شريكين أو أكثر يكونون مسؤولين بالتضامن في جميع أموالهم عن التزامات الشركة»[٧٤].

ويتضح من هذا التعريف أنه يركز على خاصية أساسية من خصائص شركة التضامن وهي المسؤولية التضامنية المطلقة للشريك عن ديون الشركة، ولكن توجد إلى جانب هذه الخاصية خصائص أخرى تتميز بها هذه الشركة وهي عدم قابلية حصص الشركاء للتنازل ووجود عنوان لها يتكون من أسماء الشركاء المتضامنين تتعامل به مع الغير وتعرف به في الوسط التجاري[٧٥]. كما أن الشريك فيها يكتسب وصف التاجر بحكم كونه شريكاً.

وعلى الرغم من أن هذا التعريف يفضل كثيراً التعريفات التي أوردتها تشريعات كثيرة[٧٦] إلا أنه مازال قاصراً عن الإحاطة بكافة خصائص الشركة، لذا أرى أن تعرف شركة التضامن على النحو التالي: «هي الشركة التي تتألف تحت عنوان معين مستمد من أسماء الشركاء الذين يسألون بالتضامن في جميع أموالهم عن التزامات الشركة ويكتسبون وصف التاجر وتكون الحصص فيها غير قابلة للتنازل» نظراً لشمول هذا التعريف كافة الخصائص التي تميز شركة التضامن.

٣ ـ لقد جاء نص المادة ٧٠ من القانون والذي يحدد من يعتبر مؤسساً في شركة المساهمة العامة على النحو التالي «يعتبر مؤسساً كل من وقع عقد الشركة الابتدائي

ونظامها الأساسي بنية تحمل المسؤولية الناشئة عن ذلك»[٧٧].

ويكاد هذا التعريف يتطابق مع تعريف المادة ٣٧ من قانون الشركات العراقي والمادة ١٥ من قانون الشركات المصري رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤.

ومما لاشك فيه أن هذه النصوص تقيم قرينة قانونية قاطعة لمصلحة الغير تقضي باعتبار من يوقع العقد التأسيسي للشركة بمثابة مؤسس في مواجهة هذا الغير بحيث لا يمكن لهذا الموقع نفي صفة المؤسس عن نفسه مع وجود توقيعه على عقد التأسيس، ولكن لنفرض قيام شخص ما بالمشاركة في إجراءات التأسيس دون ان يعمد إلى التوقيع على عقد الشركة الابتدائي ونظامها الأساسي، بل دون أن يكتب لمشروع الشركة النجاح ويتم تحرير عقدها، فهل يعتبر مثل هذا الشخص مؤسساً ام لا؟.

الواقع أن الأخذ بالمعنى الحرفي للنصوص السابقة لا يؤدي لاعتباره كذلك نظراً لتعذر أعمال القرينة القانونية السابقة[٧٨]. ومن هنا فقد انتقدت غالبية الفقه هذا التعريف[٧٩] مشيرة إلى أن صفة المؤسس لا تقتصر على من يوقع العقد الابتدائي فقط بل تشمل كل من يشارك في إنشاء الشركة مشاركة إيجابية وفعالة ولديه النية في تحمل مخاطر المشروع. كما أن محكمة النقض الفرنسية قد لجأت إلى وضع تعريف موسع للمؤسس حيث قررت بأن: «كل من ساهم في تنظيم ووضع الشركة في حالة حركة وتشغيل يعتبر مؤسساً»[٨٠].

وقد انعكس ذلك على التنظيم التشريعي فقضت المادة ٢٦ من القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ بشأن شركات القطاع العام في مصر بأن المؤسس هو كل من يشترك اشتراكاً فعلياً في تأسيس الشركة بنية تحمل المسؤولية الناشئة عن ذلك، ويعتبر مؤسساً على وجه الخصوص كل من وقع العقد الابتدائي أو طلب الترخيص في تأسيس الشركة أو قدم حصة عينية عند تأسيسها[٨١]. ثم جاءت المادة السابعة من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في مصر بفقرتيها الأولى والثانية لتؤكد ما قررته المادة ٢٦ من القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١، بشأن شركات القطاع العام، فبذا يكون هذا التعريف أكثر دقة من التعريف الذي أورده قانون الشركات التجارية في دولة الإمارات حيث أنه يقيم قرينة قانونية قاطعة على صفة المؤسس بالنسبة لمن يوقع العقد الابتدائي للشركة أو يطلب الترخيص لها أو يقدم حصة عينية إلا أن هذه القرينة لا تحرم الغير من اعتبار من قام فعلاً بإجراءات التأسيس مع تحمل المسؤولية الناشئة عن ذلك مؤسساً رغم أنه لم يوقع على العقد الابتدائي أو لم يطلب الترخيص أو لم يقدم حصة عينية[٨٢].

ولذا أرى العدول عن التعريف الوارد في المادة ٧٠ من قانون الشركات في دولة الإمارات والأخذ بالتعريف الوارد في المادتين ٥٣ سعودي و٦٧ بحريني - خاصة وأن ضبط تعريف المؤسس يعتبر ذا أهمية بالغة فجمهور المكتتبين يعتمد على الثقة التي يوليها للمؤسسين، كما أن المؤسسين معرضون في كثير من التشريعات لعقوبات

جزائية[٨٣]، ناهيك عن مسؤوليتهم المدنية في مواجهة المساهمين والشركة عند مخالفة إجراءات التأسيس للقانون.

(جـ) الخطط بين ألفاظ ذات مدلولات مختلفة أو إيراد ألفاظ غامضة:

تقتضي الصياغة السليمة للقواعد القانونية أن يكون اللفظ المستخدم ذا مدلول محدد بحيث يؤدي المعنى المقصود. والذي يبدو أن بعض نصوص قانون الشركات لم تراع ذلك على النحو الأمثل بدليل ما يأتي:

١ - لقد جاء نص المادة ٢٤ من القانون على النحو التالي «يتكون **اسم** شركة التضامن من أسماء جميع الشركاء ويجوز أن يقتصر **إسمها** على اسم واحد أو أكثر من الشركاء مع إضافة ما يدل على وجود الشركة، ويجوز بالإضافة إلى ما تقدم أن يكون لها إسم تجاري خاص»[٨٤].

كما جاء نص المادة ٤٩ من **القانون** على النحو التالي «**يتكون اسم شركة التوصية** البسيطة من اسم واحد أو أكثر من الشركاء المتضامين مع **اضافة ما يدل على وجود** الشركة، ويجوز بالاضافة الى ما تقدم أن يكون **لها اسم تجاري خاص**»[٨٥].

وجاء نص المادة ٣٥٩ من القنون على النحو التالي «يتكون اسم شركة التوصية بالأسهم من واحد أو أكثر من الشركاء المتضامنين، ويجوز أن يضاف إلى اسمها تسمية مبتكرة أو مشتقة من غرضها[٨٦].

وتدل النصوص السابقة على أن المشرع يخلط بين اسم الشركة التجاري Nom Commercial والذي يكون عادة في شركات الأموال، وقد يضاف إلى شركات الأشخاص على النحو الذي تشير اليه المواد سالفة الذكر وبين عنوان الشركة Raison Sociale الذي يكون عادة في شركات الاشخاص وتعرف به في الوسط التجاري وتتعامل مع الغير بموجبه.

ومما لا شك فيه أن ثمة خلافا كبيرا بين كل من اسم الشركة وعنوانها، فعلاوة على ما سبقت الاشارة اليه من أن العنوان يكون في شركات الاشخاص لا الأموال، فان العنوان يتكون من اسماء جميع الشركاء أو من اسم احدهم متبوعا بكلمة «وشركاه» أو بأية عبارة تدل على العلاقة بينهم، بينما يتكون الاسم في شركات الاموال من موضوع النشاط، فاذا كانت الشركة مصرفا سميت «بنك ابو ظبي الوطني» أو «مصرف الرافدين».. الخ كما أن اسم الشركة يبقى ثابتا طالما بقيت تمارس النشاط المستمد من ذلك الاسم بينما يتغير العنوان وينبغي تعديله اذا توفى من أدرج اسمه فيه أو خرج من الشركة لأي سبب من الاسباب[٨٧].

وانسجاما مع الفهم السابق والمتمثل في اكتساب شركات الاشخاص لعنوان وشركات الاموال لاسم، فان بعض التشريعات مثل فرنسا وبلجيكا تطلق على شركة المساهمة اسم

Societe anonyme أي الشركة الخالية من العنوان التجاري[٨٨]،كما أنها تسمى في كل من سوريا ولبنان بالشركة المغفلة[٨٩] .

ولذا أرى تعديل المواد ٢٤ و٤٩ و٢٥٩ من القانون بحيث يتم استبدال عبارات «اسم الشركة و«اسمها» بعبارات «عنوان الشركة» و«عنوانها»، حيث ان هذه شركات اشخاص[٩٠] وعنوان الشركة هو الذي يتكون من اسماء الشركاء لا اسمها، علما بأن نص المادة ٦٥ من القانون والذي جاء على النحو التالي «يكون لكل شركة مساهمة عامة اسم مشتق من غرضها» جاء منسجما مع ما نذهب اليه حيث أن شركات الأموال تكون ذات اسم لا عنوان ويستمد اسمها اصلا من موضوع نشاطها.

٢ ـ لقد جاء نص المادة ٨٤ من القانون على النحو التالي «يكون المؤسسون مسؤولين بالتضامن عن رد قيمة الاسهم المدفوعة إلى المكتتبين في حالة العدول عن تأسيس الشركة.

وفي حالة انقاصهم لرأس المال يكون للمكتتبين الحق في الرجوع عن اكتتابهم في موعد لا يقل عن مدة الاكتتاب الاولى والا اعتبر اكتتابهم نهائيا»[٩١] .

فهذه المادة تتحدث عن حكم عدم الاكتتاب بكامل الاسهم المطروحة للجمهور بعد انتهاء مدة الاكتتاب الأولى ومدها ـ بقرار من وزير الاقتصاد والتجارة لمدة لا تجاوز ثلاثين يوما، ثم انتهاء هذه المدة الاخيرة دون الاكتتاب بكامل الاسهم المطروحة حيث توضح فقرتها الاولى أنه يجوز للمؤسسين ان يقرروا العدول عن تأسيس الشركة، وعندها يكون هؤلاء المؤسسون مسؤولين بالتضامن عن ردّ قيمة الاسهم المدفوعة إلى المكتتبين، بينما توضح فقرتها الثانية انه يجوز للمؤسسين اتخاذ قرار بانقاص رأس مال الشركة بحيث يصبح رأس المال الجديد معادلاً لقيمة الاسهم المكتتب بها فعلا وذلك شريطة الا يقل رأس المال بعد التعديل عن عشرة ملايين درهم.

وحيث أن من شأن انقاص رأس المال ـ كنتيجة لعزوف الجمهور عن الاكتتاب في اسهم الشركة ـ أن يخل بثقة المكتتب في مشروع الشركة فقد خول المشرع المكتتبين الحق في الرجوع عن اكتتابهم «في موعد لا يقل عن مدة الاكتتاب الاولى والا اعتبر اكتتابهم نهائيا»،بمعنى أن المشرع خولهم حقا، الا انه قيده بقيد زمني بحيث لا تبقى الشركة مهددة برجوع المكتتب الى ما لا نهاية ولكن يبدو أن المشرع لم يوفق في عبارته بل خانه التعبير حين استلزم رجوع المكتتب في موعد لا يقل عن مدة الاكتتاب الاولى والا اعتبر اكتتابه نهائيا. فمن المعلوم ان مدة الاكتتاب الاولى طبقا للمادة ٨٢ من القانون لا تقل عن عشرة ايام ولا تجاوز تسعين يوما. واعمال المعنى الحرفي للمادة ٨٤ يستتبع عدم رجوع المكتتب عن اكتتابه قبل مضي مدة الاكتتاب الاولى التي حددها المؤسسون والتي تتراوح بين عشرة ايام وتسعين يوما، وهذا المعنى الحرفي يقرر الحد الأدنى ولا يضع سقفا اعلى للمدة التي يجوز للمكتتب الرجوع فيها، مما يعني ان بامكانه

الرجوع عن الاكتتاب في اي وقت بعد مضي التسعين يوما على اكثر تقدير، وهو امر غير معقول ويتعذر معه اطلاقا أن يأتي حين من الدهر يعتبر فيه اكتتاب المكتتب نهائيا ويقيني أن المشرع يقصد أن يمنح المكتتبين الحق في الرجوع عن اكتتابهم «في موعد لا يتجاوز مدة الاكتتاب الاولى» حيث عندها فقط يصح القول بان مضي تلك المدة دون ابداء المكتتب رغبته في العدول عن الاكتتاب انما يدل دلالة قاطعة على رغبته في الارتباط بالشركة رغم انقاص رأس مالها، فبذا يصبح اكتتابه نهائيا. وعلى ذلك، فاني أرى تعديل نص المادة ٨٤ بحيث يتم استبدال عبارة «لا يقل عن» بعبارة «لا يتجاوز»[٩٢].

٣ ـ لقد جاء نص الماصة ٢٦ من القانون على النحو التالي «يُعهد بادارة الشركة إلى شريك متضامن أو أكثر»[٩٣] فهذه المادة تتناول بالتنظيم ادارة شركة التوصية بالاسهم ويوحي ظاهرها بأن من المتعين أن تسند ادارتها إلى شريك متضامن أر أكثر ولا يجوز اسنادها الى احد الشركاء الموصين او إلى الغير.

وغني عن القول ان حظر مباشرة أعمال الادارة الخارجية على الشريك الموصى (الشريك المساهم) يعتبر من المسلمات، ومع ذلك فقد أكدته المادة ٢٦٤ من القانون حيث قضت بأنه «لا يجوز للشريك المساهم التدخل في أعمال الادارة المتصلة بالغير ولو بناء على تفويض»[٩٤]، ولكن التساؤل يثور بخصوص ما توحي به صياغة المادة من حظر تولى الغير لاعمال الادارة في شركة التوصية بالاسهم، فقد اخذ البعض بظاهر نصوص التشريعات التي تطابق هذه المادة وقرر وجوب كون المدير من الشركاء المتضامنين[٩٥] وذهب رأي آخر إلى انه من الجائز أن يباشر ادارة هذه الشركة شخص من الغير كما هو الحال في شركات التضامن والتوصية البسيطة[٩٦]، وأميل بدوري الى ترجيح الرأي الاخير استنادا إلى انه من غير المتصور أن يراعى المشرع الاعتبار الشخصي بالنسبة لشركات التوصية بالاسهم فيحرم الاجنبي من ادارتها خلافا لما هو عليه الحال في شركة التضامن ويهمل هذا الاعتبار بالنسبة لشركة التضامن التي تعتبر بمثابة النموذج الأمثل لشركات الاشخاص والتي يعتد فيها بالاعتبار الشخصي لجميع الشركاء. ومما يعزز الرأي بانصراف ذهن المشرع إلى ذلك ان المادة ٢٦٣ من القانون تقضي بسريان القواعد المتعلقة بسلطات وعزل المديرين في شركات التضامن على المديرين في شركة التوصية بالاسهم[٩٧]، ومن المعلوم ان المديرين في شركات التضامن يمكن ان يكونوا من بين الشركاء، كما يمكن ان يكونوا من الغير، ويذكر أن قانون الشركات الفرنسي لسنة ١٩٦٦ يسمح بأن يعهد بالادارة في هذه الشركة إلى شخص أجنبي[٩٨].

وعلى ذلك، فاني أرى ان نص المادة ٢٦٢ يتسم بالغموض، وأن المقصود من عبارة «يعهد بادارة الشركة إلى شريك متضامن أو أكثر» وهو مجرد التأكيد على حرمان

الشركاء المساهمين من تولي اعمال الادارة الخارجية في هذه الشركة مما يتعين معه تعديل النص بحيث يعطي هذا المعنى فقط.

المطلب الثاني

التناقض أو عدم الاتساق التشريعي

تدل الدراسة المتأنية لقانون الشركات التجارية في دولة الامارات على وقوع المشرع في تناقض تشريعي احيانا أو في عدم اتساق تشريعي احيانا اخرى، ويتضح ذلك ممايلي:

أ ـ تنص المادة ١٦ من القانون على أن «يعتبر كل شريك مدينا للشركة بالحصة التي تعهد بها، فان تأخر في تقديمها عن الأجل المحدد لذلك كان مسؤولاً في مواجهة الشركة عن تعويض الضرر الذي يترتب على هذا التأخير»[٩٩].

فهذه المادة التي وردت في الأحكام العامة للشركات تبين بوضوح الجزاء المترتب على تأخر الشريك عن تقديم حصته في الاجل المحدد لذلك حيث تجعله ملتزما فقط بتعويض الضرر الناجم عن ذلك التأخير، ومن الجلي أن المشرع هنا قد اراد الخروج على ما تقضي به التشريعات الاخرى من اعطاء الشركة الحق في استيفاء فوائد قانونية علاوة على التعويض ان كان له محل[١٠٠]. واكتفى بمجرد تخويلها الحق بمساءلة الشريك المتأخر عن تعويض الضرر الناجم من جراء التأخير. ومع ذلك، فاننا نجد المشرع ذاته قد خرج على هذا المنحى وتناقض مع ذاته حيث جاء نص المادة ١٦٧ من نفس القانون على النحو التالي «اذا تخلف المساهم عن الوفاء بالقسط المستحق من قيمة السهم في ميعاد الاستحقاق جاز لمجلس الادارة التنفيذ على السهم وذلك بالتنبيه على المساهم بدفع القسط المستحق بكتاب مسجل، فاذا لم يقم بالوفاء خلال ثلاثين يوما جاز للشركة أن تبيع السهم بالمزاد العلني، وتستوفى الشركة من الثمن الناتج عن البيع ما يستحق لها من اقساط متأخرة وفوائدها والمصاريف وترد الباقي لصاحب السهم»[١٠١].

فهذه المادة تنظم حالة تخلف المساهم عن الوفاء بقيمة اسهمه في مواعيد الاستحقاق حيث تجيز لمجلس الادارة عندها اللجوء لطريق الانتصاف الذاتي[١٠٢] والتنفيذ على السهم عن طريق اخطار المساهم بوجوب الدفع بموجب كتاب مسجل، فان لم يقم بالوفاء خلال ثلاثين يوما من تاريخ وصول الاخطار، جاز للشركة أن تبيع أسهمه في المزاد العلني وتستوفى من الثمن المتحصل بقية الاقساط وفوائدها والمصاريف وترد الباقي لصاحب السهم.

وواضح أن المادة ١٦٧ تمنح الشركة الحق في استيفاء فوائد على الاقساط المتأخرة

وهو أمر يتناقض مع مقتضى المادة ١٦ التي تقرر للشركة حق استيفاء تعويض عن الاضرار الناجمة عن التأخير ولا تبيح لها استيفاء فوائد عن المبالغ المتأخرة.[١٠٣]

ب - تنص الفقرة الاولى من المادة ٢٦٨ من القانون على مايلي «تكون لشركة التوصية بالأسهم جمعية عمومية تضم جميع المساهمين وتخضع للاحكام الخاصة بالجمعيات العمومية في شركات المساهمة».

فهذه الفقرة تتحدث عن الجمعية العمومية لشركة التوصية بالأسهم، ومن المعلوم أن هذه الشركة تضم نوعين من الشركاء، شركاء متضامنين وشركاء مساهمين (موصين)، وهذه الفقرة توضح بجلاء أن الشركاء المساهمين هم الذين يكونون جمعيتها العمومية، بمعنى أن الشركاء المتضامنين لا يعتبرون أعضاء في تلك الجمعية[١٠٤]. وينسجم هذا الموقف مع موقف التشريعات العربية والاجنبية، فالمادة ١١٤ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في مصر تقضي بأن للمساهمين في شركة التوصية بالأسهم جمعية عمومية تنوب عنهم في مواجهة المديرين[١٠٥]، وهذا هو نفس ما يجري عليه العمل في فرنسا طبقا للمادة ٢٥٩ من قانون الشركات لسنة ١٩٦٦[١٠٦].

ولكن تجدر الاشارة إلى ان هذا التوجه من المشرع في دولة الامارات لا يتسق مع مدلول المادة ٢٦٦ من القانون والذي جاء على النحو التالي «يكون لكل شركة توصية بالاسهم مجلس رقابة يتكون من ثلاثة اعضاء تعينهم الجمعية العمومية من بين الشركاء المساهمين أو من غيرهم لمدة سنة قابلة للتجديد وفقا للأحكام المنصوص عليها في نظام الشركة. ولا يكون للشركاء المتضامنين صوت في تعيين اعضاء مجلس الرقابة»[١٠٧].

فالمادة ٢٦٦ تتحدث عن تعيين اعضاء مجلس الرقابة وتشير إلى أن تعيينهم انما يتم عن طريق الجمعية العمومية على ألا يكون للشركاء المتضامنين صوت في هذا التعيين، وجدير بالملاحظة ان ايراد عبارة «ولا يكون للشركاء المتضامنين صوت في تعيين اعضاء مجلس الرقابة» يوحي بأن الشركاء المتضامنين يعتبرون اعضاء في الجمعية العمومية الا أنه لا يحق لهم الاشتراك في تعيين اعضاء مجلس الرقابة، وهو أمر لا يتسق مع ما قرره المشرع في المادة ٢٦٨ من أن الجمعية العمومية تضم الشركاء المساهمين ولا تضم الشركاء المتضامنين[١٠٨].

جـ - تنص الفقرة الثانية من المادة ١٢٨ من القانون على مايلي «وتصدر قرارات الجمعية العمومية بالاغلبية المطلقة للاسهم الممثلة في الاجتماع مع مراعاة احكام المادة ١٣٢ من هذا القانون»[١٠٩].

فهذه المادة تتحدث عن الاغلبية اللازمة لصحة صدور قرارات الجمعية العمومية لشركة المساهمة بالنسبة للمسائل التي تدخل في اختصاصها فتبين بوضوح أن هذه القرارات تكون صحيحة اذا صدرت بالاغلبية المطلقة للاسهم الممثلة في الاجتماع[١١٠]، وذلك مع مراعاة أنه لا يجوز لاعضاء مجلس الادارة الاشتراك في التصويت على قرارات

الجمعية العمومية الخاصة بابراء ذمتهم من المسؤولية عن ادارتهم أو التي تتعلق بمنفعة خاصة لهم أو بخلاف بينهم وبين الشركة.

وهكذا فان المشرع يضع قاعدة عامة مقتضاها ان قرارات الجمعية العمومية تعتبر صحيحة اذا صدرت بالاغلبية المطلقة للاسهم الممثلة في اجتماعها، علما بان انعقاد هذه الجمعية لا يكون صحيحا الا اذا حضره مساهمون يمثلون نصف رأس مال الشركة على الاقل، فاذا لم يتوافر هذا النصاب في الاجتماع الاول وجب دعوة الجمعية العمومية إلى اجتماع ثان يعقد خلال الثلاثين يوما التالية للاجتماع الاول، ويعتبر الاجتماع الثاني صحيحا في جميع الاحوال.

ومع ذلك، فقد جاء نص الفقرة الثالثة من المادة ٣٢١ من القانون على النحو التالي «وللجمعية العمومية أن تقرر عزل أعضاء مجلس الادارة ورفع دعوى المسؤولية عليهم، ويكون قراراها صحيحا متى وافق عليه الشركاء الحائزون لنصف رأس المال بعد أن يستبعد منه نصيب من ينظر في امر عزله من اعضاء المجلس».

وتجدر الاشارة إلى ان المادة ٣٢١ تتحدث عن مباشرة الرقابة على شركات المساهمة من قبل الشركاء ووزارة الاقتصاد والتجارة فتبين أنه اذا اتضح للوزارة صحة المخالفات المدعى بها فمن المتعين عليها اتخاذ التدابير العاجلة ودعوة الجمعية العمومية للانعقاد فورا برئاسة مندوب عن الوزارة يختاره الوزير نفسه، كما أن لهذه الجمعية أن تقرر عزل اعضاء مجلس الادارة[١١١]. وتقيم دعوى المسؤولية ضدهم الا أن قراراها هذا لا يكون صحيحا الا اذا وافق عليه الشركاء الحائزون لنصف رأس المال بعد أن يستبعد منه نصيب من ينظر في أمر عزله من اعضاء المجلس.

وهكذا فان الفقرة الثالثة من المادة ٣٢١ تشترط لصحة القرار الصادر عن الجمعية العمومية هنا أن يكون صادرا بموافقة الشركاء الحائزين لنصف رأس مال الشركة على الأقل بعد استبعاد نصيب من ينظر في امر عزله من اعضاء مجلس الادارة.

ومما لا شك فيه أن استلزام موافقة الشركاء الحائزين لنصف رأس المال على قرار عزل اعضاء مجلس الادارة في هذه الحالة يعتبر خروجا على المألوف وغير متسق مع ما سبق أن قررته المادة ١٢٨ من نفس القانون من أن القرارات في الجمعية العمومية تصدر بالاغلبية المطلقة للاسهم الممثلة في الاجتماع بعد استبعاد من ينظر في امر عزله من اعضاء مجلس الادارة، ومبعث الغرابة هنا ان قرار العزل يتطلب اغلبية اكبر من الاغلبية التي يتطلبها قرار عزل اعضاء مجلس الادارة فيما لو لم يكن ذلك تاليا لعملية التفتيش من قبل الوزارة، في حين أن المنطق يتطلب في مثل هذه الحالة اغلبية اقل، خاصة وأن الوزارة لا تحيل الأمر على الجمعية العمومية الا بعدما تتكشف نتيجة التفتيش عن ادانة لاعضاء مجلس الادارة[١١٢].

وتأسيسا على ما سبق، ومراعاة لاعتبارات المنطق ووصولا للاتساق التشريعي فانني

اری تعديل الفقرة الثالثة من المادة ٣٢١ لتتسق مع الفقرة الثانية من المادة ١٢٨ بحيث يصبح قرار الجمعية العمومية بعزل اعضاء مجلس الادارة صحيحا بموافقة من يملكون الأغلبية المطلقة للاسهم الممثلة في الاجتماع بعد استبعاد نصيب من ينظر في أمر عزله من اعضاء المجلس.

وعلاوة على ذلك، فثمة نقد آخر يوجه للفقرة الثانية من المادة ٣٢١ تتضح منه روح عدم الاتساق التشريعي، فهذه الفقرة التي تتحدث عن وقوف الوزارة على صحة المخالفات المنسوبة إلى اعضاء مجلس الادارة لم تستلزم نشر نتيجة التفتيش في احدى الصحف اليومية المحلية التي تصدر في الدولة باللغة العربية، وهو أمر لا يتسق مع ما سبق للفقرة الاولى من نفس المادة ان قررته في حالة وقوف الوزارة على عدم صحة ما نسب إلى اعضاء مجلس الادارة اذ ان تلك الفقرة اجازت للوزارة أن تأمر بنشر نتيجة التفتيش في احدى الصحف اليومية المحلية التي تصدر باللغة العربية، وكان المنطق يستلزم أن تأمر الوزارة بنشر نتيجة التنفتيش في احدى الصحف المحلية اليومية التي تصدر باللغة العربية حين تتبين صحة المخالفات المنسوبة إلى اعضاء مجلس الادارة، أو أن تستلزم على الاقل ابلاغ المساهمين بمضمون نتيجة التفتيش - قبل انعقاد الجمعية العمومية بوقت كاف - وذلك لتحفز اعضاء الجمعية العمومية على حضور الاجتماع الذي تنظر فيه عزل اولئك الاعضاء، خاصة وان القانون يستلزم اغلبية غير عادية لصحة قرار العزل(١١٣).

المطلب الثالث

القصور التشريعي

ويتجلى هذا القصور في اغفال المشرع لتنظيم بعض المسائل اغفالا تاما من ناحية ثم في عيب المعالجة التشريعية لبعض المسائل من ناحية اخرى، ويتضح ذلك ممايلي:

أولاً: الاغفال التام لتنظيم بعض المسائل:

كان من المتعين أن يعمد المشرع لتنظيم مسائل معينة تنظيما خاصا، الا أنه لم ينح منحى التشريعات الاخرى واغفل تنظيمها اغفالا تاما، وكأمثلة على هذا الاغفال نسوق مايلي:

أ - طبقا للمادة ٣١٧ من القانون فانه «لا تسمع عند الانكار وعدم العذر الشرعي

متى انقضت خمس سنوات الدعاوى التي تنشأ قبل المصفى بسبب أعمال التصفية وكذلك الدعاوي التي تنشأ قبل مديري الشركة أو أعضاء مجلس الادارة او مجلس الرقابة أو مراجعي الحسابات بسبب اعمال وظائفهم وذلك مالم ينص القانون على مدة أقصر لعدم سماع الدعوى».

وعليه، فان المشرع لم يخضع الدعاوي التي تقام على المصفى - بالنسبة لأعمال التصفية - وعلى مديري الشركات أو أعضاء مجلس اداراتها او مجلس الرقابة او مراجعي الحسابات بسبب اعمال وظائفهم للقواعد العامة في انقضاء الالتزام بمضي خمس عشرة سنة[١١٤] وانما قضى بعدم سماعها بمضي خمس سنوات على النحو السابق ايضاحه.

ولكن المشرع قد اغفل النص على الحكم بالنسبة للدعاوي المتعلقة بمسؤولية الشركاء عن ديون الشركة خاصة وأن هذه المسؤولية تبقى قائمة رغم انقضاء الشركة بحيث يكون للدائنين الذين لم يستوفوا حقوقهم مطالبة الشركاء بالوفاء بتلك الديون[١١٥]، وازاء ذلك فان أمر سماع هذه الدعاوى يبقى قائما حتى مضي خمس عشرة سنة، ومما لا شك فيه أن ذلك يعتبر نقصا تشريعياً كان ينبغي تداركه استقراراً للاوضاع وحثا لدائني الشركاء على سرعة المطالبة بحقوقهم لئلا يبقى الشريك مهددا بدعاواهم مدة طويلة تغيب معها معالم الإثبات[١١٦] ولذا فانني ارى وجوب النص على انقضاء تلك الحقوق بمضي خمس سنوات على انقضاء الشركة او بمضي خمس سنوات على إنهاء علاقة الشريك بها كما لو تم شهر افلاسه او الحجر عليه واستمرت الشركة قائمة بين الشركاء على أن يبدأ احتساب هذه المدة من تاريخ اتمام الشهر في السجل التجاري، وقد جاءت جميع التشريعات في دول مجلس التعاون الخليجي منسجمة مع التوجه الذي ندعو اليه حيث اشارت إلى سقوط كافة دعاوى دائني الشركة على الشركاء بعد مرور خمس سنوات من انقضاء الشركة او خروج الشريك منها[١١٧].

كما أرى الأخذ بالتقادم القصير كذلك بالنسبة لمسؤولية مقدم الحصة العينية في الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن صحة تقدير تلك الحصة، فالمادة ٢٢٣ من القانون تقضي بكون «مقدم الحصة مسؤولاً قبل الغير عن صحة تقدير قيمتها في عقد الشركة، فاذا ثبت أن الحصة قدرت بأكثر من قيمتها الحقيقية وجب على مقدم الحصة ان يؤدي الفرق نقدا للشركة». وتأسيسا على ان هذا المادة لم تحدد تقادما قصيراً لمسؤوليته فان بالامكان اقامة دعوى ضده حتى مضي خمس عشرة سنة، وهو امر غير معقول حيث يبقى مهددا مدة طويلة تضيع معها معالم الاثبات، ولذا نجد التشريعات الاخرى تقرر تقادما قصيرا يبدأ احتسابه منذ قيد الشركة في السجل التجاري[١١٨]، فالفقرة الثالثة من المادة ١٦٢ من نظام الشركات السعودي تقرر ان الشركاء يسألون بالتضامن في أموالهم الخاصة في مواجهة الغير عن صحة تقدير الحصص العينية في الشركة ذات المسؤولية

المحدودة، ومع ذلك لا تسمع دعوى المسؤولية في هذه الحالة بعد انقضاء ثلاث سنوات من تاريخ استيفاء اجراءات الشهر المنصوص عليها في المادة ١٦٤ من نفس النظام، كما تقضي المادة ٢٢٣ من قانون الشركات البحريني بمسؤولية الشركاء بالتضامن وفي اموالهم الخاصة عن صحة تقدير الحصة العينية في مواجهة الغير الا أنها تقرر سقوط دعوى المسؤولية بمضي خمس سنوات من تاريخ قيد الشركة في السجل التجاري.

ب - طبقا للمادة ١٧٣ من قانون الشركات في دولة الامارات فانه لا يجوز للمؤسسين - وسواء كانت أسهمهم عينية أم نقدية - التصرف في اسهمهم قبل نشر الميزانية وحساب الارباح والخسائر عن سنتين ماليتين على الاقل من تاريخ اعلان تأسيس الشركة»[١١٩].

وعلة ذلك أن بعض المؤسسين قد يقدمون حصة عينية ويتمكنون بنفوذهم في الجمعية التأسيسية من تقديرها باكبر من قيمتها الحقيقية، ويحصلون على اسهم عينية يقومون بعرضها للبيع قبل انكشاف امرهم. هذا من جانب ، ومن جانب آخر فان تأسيس الشركات المساهمة غالبا ما يكون مصحوبا بحملات دعائية كاذبة تستقطب ثقة الجمهور في الشركة مما يمكن المؤسسين من بيع حتى اسهمهم النقدية بأثمان باهظة لا تعكس المركز المالي الحقيقي للشركة، ولذا آثر المشـرع التقييد عليهم مستهدفا ابقاء ارتباطهم في الشركة اثناء مرحلة التأسيس وبعدها. ومستهدفا ان يكون المشتري على بينة من المركز المالي للشركة وهو أمر متيسر بعد نشر الميزانية عن سنتين ماليتين.

واستثناء من ذلك فانه يجوز لورثة المؤسس التصرف في اسهم مورثهم خلال فترة الحظر، وعلة ذلك مراعاة الرأفة بهؤلاء الورثة من ناحية كما أن البيع هنا نادرا ما يكون نتيجة دعاية كاذبة تجرّ المشتري للمبالغة في تقدير الأسهم من ناحية أخرى.

وهذا القيد المتعلق بحظر تداول اسهم المؤسسين ينصب على انتقال ملكيتها من المؤسس إلى الغير، وهو يستهدف حماية جمهور الناس من أثر الحملات الدعائية كما اسلفنا، ونظرا لانتقاء هذه الخشية بالنسبة للعلاقة بين المؤسسين انفسهم او بينهم وبين اعضاء مجلس الادارة، فانه يجوز خلال فترة الحظر نقل ملكية الاسهم النقدية دون العينية بالبيع من أحد المؤسسين إلى مؤسس آخر او الى احد اعضاء مجلس الادارة لتقديمها كضمان لادارته (الفقرة الثانية من المادة ١٧٣ من قانون الشركات في دولة الامارات)[١٢٠].

وقياسا على ذلك، فانني أرى رفع هذا القيد عن تداول الأسهم المملوكة للدولة حين تشترك في تأسيس الشركة المساهمة لانتفاء الحكمة من الحظر وهي مظنة الغش والمغالاة، وعليه أرى أن يمتد نطاق جواز نقل ملكية الأسهم الواردة في الفقرة السابقة بحيث يشمل الاسهم النقدية المملوكة للدولة[١٢١].

جـ - ضمانا للدائنين وللمتعاملين مع الشركة ذات المسؤولية المحدودة ورغبة في لفت

انظارهم إلى أنهم يتعاملون مع شركة تضم شركاء من ذوى المسؤولية المحدودة، فقد عمدت كثير من التشريعات إلى الاستعانة بوسيلة اخرى - عدا القيد في السجل التجاري - لشهر البيانات المتعلقة بالشركة والتي يهم الغير معرفتها، فاستلزمت ان يذكر في جميع عقود الشركة وفواتيرها واعلاناتها واوراقها ومطبوعاتها اسم الشركة أو عنوانها مصحوبا بعبارة «ذات مسئولية محدود» مع بيان رأس مالها، فعلى هذا النحو سار المشرع الكويتي والبحريني والقطري والعماني[١٢٢] ولذا كان حرياً بالمشرع في دولة الامارات أن ينص على ذلك[١٢٣].

د - تقضي كثير من التشريعات بحظر تداول اسهم المساهمين العاديين وعدم التصرف فيها الا بعد صدور ميزانية اولى للشركة عن اثنى عشر شهرا على الاقل[١٢٤]؛ وعلة ذلك أن المساهمين قد يحيطون الشركة بهالة من التهويل ترويجا لاسهمهم مما قد يضلل الراغبين في الشراء، ولذا وُجد هذا القيد ليتمكن الراغب في الشراء من الوقوف على حقيقة المركز المالي للشركة من خلال النظر في الميزانية، وهو ما تأخذ به المادة ١٠٦ المعدلة بالمرسوم بقانون رقم (٣) لسنة ١٩٧٥ في الكويت، الا أن التشريعات في السعودية وعمان وقطر والبحرين لم تأخذ بذلك، وحبذا لو تم الأخذ به في هذه التشريعات وفي تشريع دولة الامارات.

هـ - طبقا للمادة ٧٥ من قانون الشركات في دولة الامارات فانه يحق للمؤسسين التظلم لمجلس الوزراء خلال ثلاثين يوما اعتبارا من تاريخ اخطارهم بقرار رفض وزير الاقتصاد والتجارة لطلب تأسيس الشركة[١٢٥]، ويكون قرار مجلس الوزراء الصادر بهذا الشأن نهائيا، علما بأنه لا يحق للمؤسسين أن يتقدموا بطلب تأسيس الشركة مرة اخرى الا بعد مضي تسعين يوما اعتبارا من تاريخ قرار مجلس الوزراء بالرفض أو من اعتبار تظلمهم مرفوضا بانقضاء مدة ستين يوما على تقديم ذلك التظلم دون ان يصدر مجلس الوزراء قراراً بشأنه.

فهذه المادة تضع حدا أدنى يتعين على المؤسسين ان يتربّصوه فبل تقدمهم بطلب جديد لتأسيس الشركة في حالة قيام مجلس الوزراء برفض تظلمهم صراحة او ضمنا، ولنا عليها ملاحظتان.

١ - أن مدة التسعين يوما قليلة حيث يصعب القول بأن مضيها قد يعمل على خلق ظروف جديدة تستدعى السماح بتأسس الشركة، الأمر الذي يستلزم اطالة المدة لفترة اقلها ستة شهور على نحو ما يجري عليه العمل في تشريعات اخرى كالكويت وقطر اذ تستلزم المادتان ٧٣ من قانون الشركات الكويتي و٩٣ من قانون الشركات القطري، انتظار مدة ستة أشهر على قرار الرفض.

٢ - أن المشرع لم يتعرض للمدة اللازم انقضاؤها قبل تقديم طلب جديد لتأسيس الشركة في حال رفض الطلب من قبل وزير الاقتصاد والتجارة نفسه دون أن يتم التظلم

لمجلس الوزراء، وهو احتمال كان ينبغي معالجته أذ يمثل الصورة الغالبة في العمل، حيث أن المؤسسين يتحفظون غالبا من التظلم لمجلس الوزراء خشية أن يتضامن هذا المجلس مع الوزير في قراره، ولذا أرى أن تتم معالجة هذا النقص التشريعي عن طريق تحديد المدة التي يتعين على المؤسسين أن يتربصوها قبل تقدمهم بطلب جديد لتأسيس الشركة في حال رفض وزير الاقتصاد والتجارة لطلبهم الأول دون أن يتظلموا لمجلس الوزراء(١٢٦).

ثانياً: عيب المعالجة التشريعية:

على الرغم من قيام المشرع بتنظيم بعض المسائل الا أن المعالجة التشريعية كانت معيبة مما يتعين معه اعادة النظر فيها وتبني قواعد مغايرة، ويتضح عيب المعالجة التشريعية ممايلي:

أ - جواز الاتفاق على اعفاء مقدم حصة العمل من الاشتراك في الخسارة:

طبقا للفقرة الثانية من المادة ١٨ من قانون الشركات في دولة الامارات فانه يجوز الاتفاق على اعفاء الشريك الذي لم يقدم غير عمله من الاشتراك في الخسارة(١٢٧).

وقد يبدو للوهلة الاولى أن مثل هذا الحكم المقرر في تشريعات أخرى كما أشرنا يتعارض مع مبدأ اقتسام الربح والخسارة، ولكن الواقع هو خلاف ذلك حيث أن هذا الشريك يساهم فعلا في خسارة الشركة لأنه يخسر العمل الذي اداه لها ولكن ينبغي تضمين المادة سالفة الذكر ما يفيد أن مثل هذا الاستثناء مقصور على الشريك الذي لا يتقاضى أجراً عن عمله في الشركة لئلا يكون اعفاء الشريك الذي يقدم عملا ويتقاضى اجرا من تحمل أية خسارة بمثابة شرط من شروط الاسد.

وقد سايرت التوجه الذي ندعو اليه تشريعات خليجية حيث استلزم المشرعان السعودي والبحريني ألا يكون قد تقرر لمثل هذا الشريك أجر عن عمله(١٢٨). ومن هنا، فانني ارى وجوب اضافة عبارة «بشرط ألا يكون قد تقرر له أجر عن عمله» إلى المادة ١٨ لتكون المعالجة سليمة.

ب - وجوب قيام الشركات القائمة بتعديل أوضاعها خلال سنة من العمل بالقانون:

انطلاقا من واقع المصلحة الوطنية فقد قضت المادة ٢٢ من قانون الشركات في دولة الامارات بوجوب ان يكون في كل شركة تؤسس في الدولة شريك أو أكثر من المواطنين لا تقل حصته عن ٥١٪ من رأس مال الشركة(١٢٩)، وعلاوة على ذلك فقد استلزمت المادة ٢٥ من القانون أن يكون جميع الشركاء في شركة التضامن متمتعين بجنسية

الدولة[١٣٠]. كما استلزمت المادة ٤٨ أن يكون جميع الشركاء المتضامنين في شركة التوصية البسيطة متمتعين بجنسية الدولة[١٣١]، واستلزمت المادة ٢٥٧ من القانون أن يكون جميع الشركاء المتضامين في شركة التوصية بالاسهم متمتعين بجنسية الدولة ايضا[١٣٢]. أما بالنسبة لشركة المساهمة فقد استلزمت المادة ٩٩ أن يكون رئيس مجلس الادارة متمتعا بجنسية الدولة كما استلزمت المادة ١٠٠ أن تكون غالبية اعضاء مجلس الادارة من المتمتعين بجنسية الدولة.

هذا بالنسبة للشركات التي يتم تأسيسها بعد العمل بالقانون، أما بالنسبة للشركات القائمة وقت العمل به فقد قضت المادة ٣٢٥ بوجوب مسارعة هذه الشركات لتعديل اوضاعها خلال سنة من تاريخ هذا العمل، الا أنها اجازت للوزير عند الضرورة - وبما يتمشى مع صالح الاقتصاد القومي - أن يمد فترة السنة بقرار يصدر منه.

وغني عن القول أن الحرص على مساهمة المواطنين بحد أدنى يستلزمه المشرع يعتبر واحدا من المسائل التي تحرص كافة التشريعات على الاهتمام بها، ولكن لنا على النص المتعلق بوجوب مسارعة الشركات القائمة لتعديل اوضاعها خلال سنة من تاريخ العمل بالقانون الملاحظات التالية:

١ - تدل الاحصائيات على أن رأس المال الاجنبي المستغل في الشركات في دولة الامارات كبير جدا اذا ما قيس برأس المال الاجنبي المستغل في هذا القطاع في دول اخرى كالكويت مثلا، الأمر الذي يحتم وجوب توخي الحذر وتريث المشرع في دولة الامارات في مطالبة الشركات بسرعة تعديل أوضاعها خوفا من أن يؤدي التعديل لاحداث هزة في الاقتصاد الوطني حيث ان كثيرا من الشركات القائمة ستعمد إلى سحب استثماراتها وأموالها الموظفة حينما يتعذر عليها ايجاد شركاء مواطنين مستعدين للمشاركة خلال مدة السنة.

٢ - ترتيبا على ما سبق كان من المتعين على المشرع في دولة الامارات أن يبدأ بخطوات تمهيدية كما فعلت التشريعات الأخرى، فالمشرع الكويتي مثلا اكتفى في البداية، بالنسبة للافراد غير الكويتيين المشتغلين بالتجارة وقت نفاذ القانون دون أن يكون لهم شركاء كويتيون - بجواز الاكتفاء بكفالتهم، وبقى نظام الكفالة هذا متبعا منذ سنة ١٩٦١ حتى تم إلغاؤه والاستعاضة عنه بنظام المشاركة سنة ١٩٦٩ وذلك تطبيقا للمادة الثانية من قانون تراخيص المحلات التجارية رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٩ كما أن المشرع الكويتي أعطى الشركات الأجنبية التي تباشر نشاطها التجاري في الكويت عن طريق وكيل غير كويتي مهلة قدرها ثلاث سنوات تستطيع خلالها تصفية وكالاتها واستبدالها بوكالات كويتية وهي مدد كافة لتعديل الأوضاع دون حدوث هزات أو خلل في البنية الاقتصادية على مستوى الافراد أو المشروعات، وهذا ما فعلته تشريعات خليجية اخرى، فالمشرع البحريني يوجب على الشركاء في اية شركة تم تأسيسها قبل العمل بأحكام

القانون بأن يبادروا الى تعديل عقودها بما يتفق وأحكام هذا القانون وذلك خلال فترة لا تزيد على ثلاث سنوات من وقت نفاذ القانون[١٣٣]، بل ان المشرع العماني لم يستلزم من الشركات والمؤسسات والافراد الذين كانوا يمارسون أعمالاً تجارية قبل أول يناير سنة ١٩٧٠ اجراء اية تعديلات وانما اكتفى بالزامهم بتقديم تصريح لوزير التجارة والصناعة يوضحون فيه نشاطاتهم[١٣٤]، ولم يشذ عن ذلك سوى المشرع القطري الذي استوجب من الشركات القائمة عند صدوده مراعاة أحكامه وتعديل أوضاعها خلال مدة اقصاها ستة أشهر من تاريخ العمل به[١٣٥].

جـ - مجلس الادارة في شركة المساهمة

من المعلوم أن مجلس الادارة في الشركة المساهمة هو الجهاز الذي يتولى تسيير نشاط الشركة ويختص بوضع سياساتها العامة موضع التنفيذ على ضوء توصيات وقزارات الجمعية العمومية للمساهمين، وهو الذي يملك السيادة الفعلية على الرغم من أن السلطة العليا والسيادة القانونية مقررة للجمعية العمومية للمساهمين، ولذا كان حريا بالقواعد القانونية التي تنظمه أن تكون على درجة كبيرة من الدقة، ولكننا نلاحظ عيوبا في المعالجة التشريعية لهذا المجلس يمكن اجمالها فيما يلي:

١ - بالنسبة لعدد اعضاء هذا المجلس:

فالمادة ٩٥ من قانون الشركات في دولة الامارات تستلزم ألا يقل عدد اعضائه عن ثلاثة ولا يزيد على خمسة عشر عضوا. ويلاحظ هنا أن الحد الاقصى مبالغ فيه ويعتبر متجـاوزا لما يجـري عليـه العمـل في كـافـة تشريعـات مجلس التعـاون الخليجـي[١٣٦] والتشريعات الاخرى[١٣٧]، ومما لا شك فيه أن الزيادة المبالغ فيها تؤدي لبعثرة أمور الادارة بين العديدين مما يؤدي بدوره إلى عرقلة امور الشركة وزيادة نفقاتها واضعاف الشعور بالمسؤولية.

٢ - بالنسبة لطريقة تعيين الاعضاء:

فالمادة ٩٦ من القانون تقرر أن اعضاء مجلس الادارة ينتخبون من قبل الجمعية العمومية العادية بالتصويت السري وتجيز للمؤسسين استثناء أن يعينوا من بينهم في نظام الشركة اعضاء اول مجلس إدارة عـلى ألا تزيد مدته على ثلاث سنوات.

وأرى أن إعطاء المؤسسين مثل هذا الحق محل نقد ولا نجد له نظيرا في تشريعات مجلس التعاون الخليجي. صحيح أن المؤسسين أقدر من غيرهم على ادارة الشركة الا أن قصر هذه الادارة عليهم يعرض مصـالـح المسـاهميـن للخطـر، ولـذا فـان بعـض التشريعات الخليجية نصت صراحة على الانتخاب من قبل الجمعية العمومية حتى بالنسبة لاعضاء أول مجلس ادارة[١٣٨]، بينما توفق تشريعات اخرى بين المسألتين عن

طريق الاشتراط في نظام الشركة على أن يتم انتخاب عدد لا يتجاوز نصف اعضاء مجلس الادارة الأول من بين مؤسسي الشركة[١٣٩].

٣ ـ **بالنسبة للجمع بين عضوية مجلس ادارة أكثر من شركة:**

فالمادة ٩٨ من القانون تقرر أنه لا يجوز لأحد بصفته الشخصية أو بصفته ممثلا لاحد الاشخاص الاعتبارية أن يكون عضوا في مجلس ادارة اكثر من خمس شركات مساهمة مركزها في الدولة، ولا أن يكون رئيسا لمجلس الادارة او نائبا له في اكثر من شركتين مركزهما في الدولة، كما لا يجوز أن يكون عضوا منتدبا للادارة في اكثر من شركة واحدة مركزها في الدولة.

وواضح أن هذه المادة قد جرت على مقتضى كثير من التشريعات ضمانا لتفرغ عضو مجلس الادارة وعدم تشتت نشاطه بين العديد من الشركات، ومع ذلك فان عدد الشركات التي سمح للشخص بعضوية مجالس ادارتها كبير ويتعذر معه على عضو مجلس الادارة القيام بواجبه خير قيام، بل ان ذلك قد يفسح المجال لاحتكار بضعة افراد من ذوي النفوذ لعضوية مجالس الادارة في معظم الشركات، ولو تفحصنا تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي بهذا الصدد لوجدنا بعضها يعاني نقصا تشريعيا اذ يغفل وضع حد اقصى لعدد الشركات التي يجوز للعضو الجمع بين عضوية مجالس ادارتها[١٤٠]. بينما يتحفظ البعض الآخر بحيث لا يجيز أن يكون الشخص عضوا في مجلس ادارة أكثر من ثلاث شركات مساهمة ولا أن يكون عضوا منتدبا أو رئيسا لمجلس ادارة اكثر من شركة مساهمة واحدة[١٤١] وهو الموقف الذي نحبذه.

٤ ـ **بالنسبة لحلول عضو مركزاً شاغراً:**

فالمادة ١٠٢ من القانون تقضي بأنه اذا شغر مركز أحد اعضاء مجلس الادارة كان للمجلس ان يعين عضوا في المركز الشاغر على أن يعرض هذا التعيين على الجمعية العمومية في أول اجتماع لها لا قراره او تعيين غيره مالم ينص نظام الشركة على غير ذلك.

فهذه المادة تعطي الحق لمجلس الادارة بتعيين عضو في المركز الشاغر على ان يعرض هذا التعيين على الجمعية العمومية، وأرى أن هذا العرض لا طائل منه اذ لا يكون أمام هذه الجمعية غالبا سوى المصادقة على التعيين.

والمفروض ان يحل محل المركز الشاغر من كان حائزاً لأكثر الاصوات من المساهمين الذين لم يفوزوا في عضوية مجلس الادارة وهو ما أخذت به بعض التشريعات الخليجية[١٤٢] أو أن يتم التعيين من قبل اعضاء الجمعية العمومية انفسهم لانهم اصحاب المصلحة الحقيقيون ولا يجوز أن يترك أمر التعيين لمجلس الادارة ويكتفي من الجمعية العمومية باقرار ذلك التعيين[١٤٣].

٥ - بالنسبة للانابة في التصويت:

فالفقرة الثانية من المادة ١٠٥ من القانون تقضي بأنه يجوز للعضو الغائب أن ينيب غيره من أعضاء مجلس الادارة في التصويت بدلا منه شريطة ألا يحمل العضو الحاضر اكثر من انابة واحدة. وفي رأيي أن هذا النص محل نقد اذ ينبغي الحيلولة بين عضو المجلس والانابة في التصويت وذلك لاغلاق الباب أمام تراخي اعضاء مجلس الادارة عن الاشتراك الفعلي في الاجتماعات، ويكاد المشرع في دولة الامارات ينفرد باقرار حق الانابة بنص قانوني خلافا لتشريعات دول مجلس التعاون الخليجي حيث قررت قوانين الشركات في عمان والسعودية(١٤٤) عدم جواز الانابة في التصويت مالم ينص نظام الشركة على ذلك، كما سار المشرع البحريني على نفس المنوال الا انه اشترط عدم جواز الإنابة لاكثر من ثلث الاعضاء، كما استلزم أن تكون الانابة خاصة ثابتة بالكتابة وأن ترسل لمجلس الادارة قبل عقد الجلسة بثلاثة ايام على الاقل(١٤٥)، وحسنا فعل المشرعان الكويتي والقطري اذ لم يشيرا إلى جواز الانابة في التصويت(١٤٦).

د - استهلاك الاسهم عن طريق القرعة:

تقضي الفقرة الثانية من المادة ١٧١ من القانون بأن يخصص جزء من الأرباح والاحتياطي سنويا لاستهلاك الاسهم بطريق القرعة على ان يحصل المساهم الذي يستهلك سهمة على سهم تمتع.

فهذه المادة تشير الى جواز دفع القيمة الاسمية للسهم اثناء حياة الشركة على ان يتم ذلك من الارباح والاحتياطي وأن يكون بطريق القرعة مراعاة للمساواة بين المساهمين وضمانا لعدم محاباة بعضهم على البعض الاخر، وعلى هذا النحو سارت الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ من نظام الشركات السعودي التي قررت بأن يقع الاستهلاك تباعا بطريق القرعة السنوية او بأية طريقة اخرى تحقق المساواة بين المساهمين(١٤٧).

ولكنني أرى ان اتباع الطريق الذي تبناه قانون الشركات الفرنسي لسنة ١٩٦٦ في مادته رقم ٢٠٩ يفضل طريق القرعة الذي يترك الامور لمحض الصدفة، حيث ان القانون الاخير قد حظر عملية الاستهلاك عن طريق القرعة وقرر اجراءه عن طريق رد نسبة معينة من القيمة الاسمية لكل سهم في كل سنة مثلا حتى يتم استهلاك جميع الاسهم في نهاية المدة. فمما لا شك فيه أن هذه الطريقة أكثر عدالة حيث أنه لو فرض وأصيبت الشركة بخسائر لم تتمكن ازاءها من الاستمرار في عملية الاستهلاك فان اصحاب الاسهم التي لم تستهلك يفقدون حصصهم في حين يكون اصحاب الاسهم المستهلكة عن طريق القرعة قد حصلوا مقدما على قيمة أسهمهم.

الهوامش

(١) نشر هذا القانون في العدد ١٣٧ من الجريدة الرسمية السنة الرابعة عشر بتاريخ ٢٩ جماد الاخر ١٤٠٤ هجرية الموافق الاول من ابريل ١٩٨٤، ميلادية، وتقرر العمل به بعد ثلاثة اشهر من تاريخ نشره، الا أن ذلك العمل قد تعثر واستقر الأمر نهائياً على العمل به اعتباراً من ١٩٨٧/١/١، ميلادية.

(٢) مطابقة للمواد ١٦ من نظام الشركات السعودي و٤ من قانون الشركات الكويتي، و٢ من قانون الشركات القطري، و٢٨ من قانون الشركات العماني و٢١ من قانون الشركات البحريني.

(٣) أنظر حكم المحكمة الاتحادي العليا في دولة الامارات العربية المتحدة في الطعن رقم ٧، السنة الثانية نقض مدني بتاريخ ١٩٨٠/٥/٧ بمقر المحكمة بمدينة ابوظبي، وهو منشور في مجلة العدالة، أبوظبي، العدد ٢٩ السنة الثامنة اكتوبر ١٩٨١ صفحة ٦٥.

(٤) يجيز المشرع الفرنسي اشتراك الشريك لمجرد اسمه المعروف او سمعته وائتمانه التجاريين، كما تنص المادة ٨٥ من قانون الموجبات اللبناني على أن الثقة فائدة كبري للشركة حيث تسهل لها الحصول على الائتمان.

أنظر: أكثم الخولي، القانون التجاري اللبناني، الجزء الثاني، بيروت ١٩٦٨ صفحة ٤٤.

(٥) مطابقة للمواد ٣ سعودي، و١٤ كويتي، و٨ بحريني ولا يوجد نص مقابل في قانون الشركات العماني ولا في قانون الشركات القطري، علما بأن القانون الاخير لا يتضمن بابا يتناول الأحكام العامة للشركة، وهو نقص تشريعي كان ينبغي تداركه.

(٦) أنظر حكم محكمة استئناف ابوظبي (الدائرة المدنية استئناف رقم ٨١/١ بتاريخ ١٩٨١/٦/٢٩ في الدعوى رقم ٣ لسنة ١٩٨٠، وهو منشور في مجلة العدالة، أبوظبي، العدد ٣٠ السنة التاسعة يناير ١٩٨٢ صفحة ٩٤.

(٧) يعرف مثل هذا الشرط بشرط الاسد وذلك تأثرا بخرافة قديمة شاعت عند الرومان وتقضي بأن أسداً كوّن شركة مع بعض الحيوانات في الغابة وعندما حل ميعاد توزيع حصيلة الصيد استولى عليها الأسد باكملها. انظر روبير وروبيللو طبعة ١٩٧٤ رقم ٧٨ صفحة ٤٩١.

(٨) مطابقة للمادتين ١٥ بحريني و٩ قطري. أما المادتان ٧ سعودي (المعدلة بموجب المرسوم الملكي رقم م/٢٣ وتاريخ ١٤٠٢/٦/٢٨هـ) و١٣ عماني فلا تقضيان ببطلان عقد الشركة وانما تعتبران الشرط باطلا فقط أما المادة ١٣ كويتي فتقضي بجواز فسخ عقد الشركة في هذه الحالة، بمعنى ان المشرع الكويتي لم يرتب بطلان العقد برمته وانما اجاز فسخه بناء على طلب الشريك الذي يقع عليه وحده عبء الخسارة أو يحرم من الارباح.

(٩) انظر اعادة نظر رقم ٧٩/١٠٨ بتاريخ ١٩٧٩/٩/٥ صادرة عن محكمة استئناف ابوظبي بخصوص الحكم الغيابي الصادر من محكمة ابوظبي المدنية بتاريخ ١٩٧٩/٣/٢٨ وهو منشور في مجلة العدالة، أبوظبي، العدد ٢٢، السنة السابعة، يناير ١٩٨٠ صفحة ١٢١.

(١٠) غني عن القول انه لا يجوز للشريك المخطيء طلب الحل حيث لا يجوز للإنسان أن يرتب لنفسه حقا على عمله الشائن فمن سعى في نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه.

(١١) مطابقة للمواد ٢٨ كويتي و٢٠ قطري و١/٢٥٤ بحريني، أما المادتان ٧/١٥ سعودي و١٤ عماني فتجيزان حل الشركة بقرار من هيئة حسم منازعات الشركات التجارية في السعودية ومن لجنة حسم المنازعات التجارية في عمان بناء على طلب أحد الشركاء.

(١٢) أنظر الحكم في الطعن رقم ١٠٢ للسنة الخامسة القضائية مدني الصادرة عن دائرة النقض المدنية للمحكمة الاتحادية العليا في ابوظبي بتاريخ ٨٤/٤/٢٥ والمنشور في مجلة العدالة، أبوظبي، العدد ٤٠ السنة (١١ يوليو ١٩٨٤، ص ٧٤.

(١٣) أنظر بهذا الخصوص بحثا للدكتور محمد عبدالمنعم رياض، نشر في مجلة القانون والاقتصاد العدد الثالث صفحة ٢٧.

(١٤) من الملاحظ أن هذه المؤثرات السياسية كانت تنعكس على القضاء الفرنسي، ففي حكم لمحكمة النقض الفرنسية في ٢٠ يوليو ١٩١٦ سيري ١٩١٦ - ١ - ١٤٨ نجد اتجاها نحو الأخذ بمعيار الرقابة الى جانب معيار مركز الادارة الرئيسي الا ان القضاء قد عاد لاتجاهه الأول بعد الحرب الاولى حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٨ سيري ١٩٢٩ - ١ - ١٢١ بضرورة ربط جنسية الشركة بمركز الادارة الرئيسي ثم عادت محكمة باريس في حكم لها في ٢٠ مارس ١٩٤٤ سيرى ١٩٤٥ - ٢ - ٣١ الى ما أخذت به اثناء الحرب الاولى، وأخيرا طبقت فرنسا معيار مركز الادارة الرئيسي سنة ١٩٥٧ بالنسبة لشركة قناة السويس حيث قررت أن تلك الشركة تخضع فيما يتعلق بنظام حلها للقانون الفرنسي نظرا لأن مركز ادارتها الرئيس موجود في باريس.

(١٥) يرى عبدالمنعم رياض أن معيار الرقابة يعتبر معياراً لتحديد جنسية الشركة وقت الحروب والازمات، انظر كتابه الوسيط في القانون الدولي الخاص، القاهرة ١٩٦٢ الجزء الاول رقم ٥٣١ صفحة ٥٣٢.

(١٦) مطابقة للمادتين ١٤ سعودي و ٢/٤ بحريني، أما القانونان الكويتي والقطري فلم يتضمنا نصا عاما بهذا الخصوص، وانما قضيا باكتساب كل من شركتي المساهمة وذات المسؤولية المحدودة للجنسيتين الكويتية والقطرية على التوالي بمجرد تأسيسهما في الكويت وقطر (انظر المادتين ٦٨ و١٩١ كويتي والمادتين ٦٠ و٨٨ قطري)، أما قانون الشركات العماني فلم يتطرق لذلك مما يجعله مفتقرا لاعتماد معيار لتحديد جنسية الشركة.

(١٧) لا يوجد نص عام مقابل في قوانين الشركات في كل من الكويت والسعودية والبحرين، في حين تقضي المادة ٢٠٥ من قانون الشركات القطري بوجوب كون نسبة رأس المال الاجنبي في الشركات وفقا للقوانين المنظمة لاشتغال الاجانب بالتجارة او الصناعة وغيرها، وتقضي المادة الثالثة من قانون الاعمال التجارية والتوظيفات المالية الاجنبية العماني ألا تقل حصة العمانيين عن ٣٥٪ من رأس المال في كافة الأحوال.

(١٨) لا مقابل لهذا النص في قوانين الشركات في عمان وقطر والسعودية، أما المادة ٢١ من قانون الشركات البحريني المعدلة بمرسوم بقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٨٠ فتقضي بأن تأسيس شركات

التضامن لا يجوز الا بين شركاء بحريني الجنسية ومع ذلك يجوز استثناء تكوين شركات تضامن مهنية يكون بعض الشركاء فيها غير بحريني الجنسية، في حين استلزمت المادة الخامسة من قانون الشركات الكويتي ألا تقل نسبة رأس المال الكويتيين من الشركاء عن ٥١٪ كما استلزمت الفقرة الرابعة من نفس المادة أن يكون احد الشركاء على الاقل كويتي الجنسية وهو شرط لا محل لا ستلزامه طالما اشترط أن يكون رأس مال الكويتيين معادلا لـ٥١٪ من راس مال الشركة على الاقل.

(١٩) مطابقة لنص المادة ٥١ من قانون الشركات البحريني، ولا مقابل لهذا النص في قوانين الشركات في عمان وقطر والسعودية أما المادة ٤٧ من قانون الشركات الكويتي فتستلزم أن يكون بين الشركاء المتضامنين شريك كويتي الجنسية على الاقل.

(٢٠) لا مقابل لهذا النص في قوانين الشركات في قطر والبحرين والسعودية، أما المادة ٤٨ من قانون الشركات الكويتي فتخضع شركة التوصية بالاسهم، لذات الأحكام المقررة في شركة التوصية البسيطة مما يعني ضرورة وجود شريك كويتي واحد على الاقل بين الشركاء المتضامينين، هذا وتجدر الاشارة إلى ان قانون الشركات العماني لا ينظم شركة التوصية بالأسهم.

(٢١) لا مقابل لهذا النص في قانوني الشركات العماني والسعودي، أما المواد ٨٨ قطري و٦٠ بحريني و٦٨ كويتي فتسلتزم اصلا وجوب كون جميع الشركاء في الشركات المساهمة من المواطنين مالم تدع الحاجة الى استثمار رأس مال اجنبي او خبرة اجنبية.

(٢٢) لا مقابل لهذا النص في قوانين الشركات في عمان والسعودية والكويت وقطر أما المادة ١٦٣ من قانون الشركات البحريني فتقضي بوجوب كون غالبية اعضاء مجلس الادارة من المتمتعين بجنسية دولة البحرين ولهم موطن بها، ومع ذلك يجوز بترخيص خاص من مجلس الوزراء اعفاء الشركة من هذا الحكم اذا كان رأس المال كله أو أكثره واردا من بلد اجنبي.

(٢٣) تم نشر لا ئحته التنفيذية بالقرار الوزاري رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٦ المنشور في العدد ٤١ من الجريدة الرسمية.

(٢٤) أنظر بحثا بهذا الخصوص لاستاذنا المرحوم محمد حسني عباس بعنوان «السجل التجاري ونظام الشهر التجاري» نشر في مجلة الاقتصاد والسياسة والتجارة عدد يناير سنة ١٩٥٨ صفحة ١٠٧، وانظر كذلك: الوظائف التي يؤديها السجل التجاري في دروس على الآلة الكاتبة ألقيتها على طلبة كلية الشريعة والقانون في جامعة الامارات ١٩٨٤/٨٣ صفحة ١٢٣ ومابعدها.

(٢٥) خلافا لذلك نجد بقية التشريعات الخليجية ترتب اثرا وحيدا على عدم اشهار الشركة عن طريق قيدها في السجل التجاري وهو عدم جواز الاحتجاج بوجود الشركة في مواجهة الغير. انظر المواد ١٣ سعودي و١٠ كويتي و٦ قطري و٦ عماني و٥٧ بحريني.

(٢٦) مطابقة تقريبا للمواد ٢١٥ سعودي و٢٥٢ بحريني، ولا يتضمن القانونان الكويتي والقطري نصوصا مماثلة، أما المادة ٢١٧ من قانون الشركات العماني فتقضي بوجوب الاعلان عن القرارات القاضية باندماج الشركات المساهمة بواسطة النشر في الجريدة الرسمية واشعار يرسل إلى دائني كل شركة تكون طرفا في الاندماج.

(٢٧) مطابقة للفقرة الثالثة من المادة ٢٥٥ من قانون الشركات البحريني وقريبة من نص المادتين

٤١ عماني و٣٦ كويتي ولا يوجد مقابل لهذا النص في قانون الشركات القطري ولا في نظام الشركات السعودي.

(٢٨) مطابقة للفقرة الثانية من المادة ١٩ من نظام الشركات السعودي وللفقرة الثانية من المادة ١٩ من قانون الشركات القطري وللفقرة الثانية من المادة ٣٢ من قانون الشركات البحريني وللمادة ٣٢ من قانون الشركات العماني ولا يتضمن قانون الشركات الكويتي نصا مماثلا.

(٢٩) انظر المواد ٣/٦٦ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ المصري و١٣٨ من قانون الشركات العراقي، وقد بلغ هذا التأثر بالمشرع اللبناني أن استلزم بمقتضى المادة ٥ من المرسوم الاشتراعي رقم ٣٥ لسنة ١٩٦٧ أن يكون الحد الادنى لعدد الشركاء في هذه الشركة ثلاثة شركاء في كافة الأحوال.

(٣٠ أنظر ربير وروبللو الشرح الاولى للقانون التجاري، الجزء الأول ١٩٧٤ رقم ٧٢٩.

(٣١) تقضي المادة الاولى من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في مصر بأن «تسري أحكام هذا القانون على شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة التي تتخذ مركزها في جمهورية مصر العربية او تزاول فيها نشاطها الرئيسي.

(٣٢) سار كل من نظام الشركات السعودي وقانون الشركات البحريني وقانون الشركات العماني على نفس النهج (انظر المواد ١٥٧ سعودي و٢١٥ بحريني و١٣٦ عماني)، أما المادة ١٨٥ من قانون الشركات الكويتي فقد قضت بأنه «ان كان بين الشركاء زوجان وجب أن يكون عدد الشركة ثلاثة على الاقل» كما تضمنت المادة ٥٥ من قانون الشركات القطري نصا مماثلا لنص قانون الشركات الكويتي.

(٣٣) أنظر جاستون لاجارد، دروس في القانون التجاري، باريس ١٩٦٥ صفحة ٤٧٦.

(٣٤) تم انشاء حصص تأسيس لصالح الحكومة المصرية مقابل تدخلها المالي لدعم كل من بنك مصر سنة ١٩٤٠ والبنك التجاري المصري سنة ١٩٥٨.

(٣٥) يوجد في فرنسا من يرى جواز منح حصص تأسيس بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة استنادا إلى أن قانون الشركات لم يمنعها الا بالنسبة لشركة المساهمة فقط. أنظر في ذلك رينيه وروبللو، الشرح الأولى للقانون التجاري، المرجع السابق رقم ٩٢٤ صفحة ٤٨٦.

(٣٦) قريبة من نص المادة ٧٢ من قانون الشركات العماني، ولا يتضمن قانونا الشركات في قطر والبحرين نصوصا مماثلة. أما المادة ١١٢ من نظام الشركات السعودي فتقضي بأن «للشركة المساهمة ـ بناء على نص في نظامها ـ أن تصدر حصص تأسيس لمن قدم اليها عند التأسيس او بعد ذلك براءة اختراع أو التزاما حصل عليه من شخص اعتباري عام. أما بالنسبة للقانون الكويتي فلا يتضمن نصا خاصا يتعلق بحصص التأسيس مما اثار الجدل بخصوص السماح بمنحها وعدمه، أنظر في ذلك فتوى الاستاذ السنهوري المنشورة في الجريدة الرسمية، الكويت اليوم العدد ٢٧٩ بتاريخ ١٩٦٠/٦/١٢ ويرى معظم الفقه خلافا للفتوى وجوب عدم السماح بمنحها. أنظر ابوزيد رضوان القانون التجاري الكويتي صفحة ٤٢٩، وأنظر طعمه الشمري، قانون الشركات التجارية الكويتي، الكويت ١٩٨٥ ـ ١٩٨٦ ص ٣٣٢.

(٣٧) تعرف الاسهم عندها بالاسهم ذوات الصوت المتعدد.

(٣٨) انظر المادتين ٣/٨٩ تجاري سوري، ٣/١١٠ تجاري لبناني.

(٣٩) انظر رسالة زميلنا الدكتور يعقوب صرخوة «الاسهم وتداولها في الشركات المساهمة القاهرة

١٩٨٢ صفحة ١١١ .

(٤٠) تجدر الاشارة إلى انه قد اقر للشركات التي تعمل خارج فرنسا باصدار اسهم ممتازة ذوات اصوات متعددة .

(٤١) تجدر الاشارة إلى أن المشرع المصري قد عاد لاجازة اصدار اسهم ممتازة حيث قضت المادة ٢/٣٥ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بجواز النص في نظام الشركة على تقرير بعض الامتيازات لبعض انواع الاسهم وذلك في التصويت او الارباح ، أو ناتج التصفية ، وهو وضع منتقد ويتناقض مع التوجهات التشريعية الحديثة

(٤٢) لا توجد نصوص مماثلة في قوانين الشركات في الكويت وقطر والبحرين ، أما المادة ١٠٣ سعودي فتجيز للجمعية العامة للشركة المساهمة ـ ما لم يوجد نص مانع في نظامها ـ أن تقرر اصدار اسهم ممتازة او أن تقرر تحويل الاسهم العادية إلى اسهم ممتازة ولكنها لا تجيز تمثل الامتياز في صورة اصدار اسهم تعطي اصواتا متعددة ، وتقضي المادة ٧٦ من قانون الشركات العماني بأنه على الرغم مما تقضي به المادة ٧٥ من نفس القانون من تمتع جميع الاسهم في الشركة المساهمة بحقوق متساوية الا انه يمكن أن يقضي نظام الشركة بان يقسم رأس مالها إلى اسهم من فئات مختلفة .

(٤٣) بخصوص اكتساب الشركة للشخصية المعنوية انظر بحثا للاستاذ الدكتور ابوزيد رضوان « مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقليقة والخيال » مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ١٩٧٠ ، العدد الأول صفحة ١٩٣ .

(٤٤) انظر المواد ١٣ سعودي و٥٠٦ مدني مصري و٦٣٧ مدني عراقي و٤٧٤ مدني سوري .

(٤٥) يعتبر ذلك اقتداء بما كان يجري عليه العمل في فرنسا قبل صدور قانون الشركات سنة ١٩٦٦ حيث كان نص المادة ١٠٨١ من القانون المدني الفرنسي يقضي بأن تبدأ الشخصية المعنوية للشركة منذ لحظة العقد مالم يتفق على خلاف ذلك .

(٤٦) هذا ما قررته قوانين الشركات في كل من الكويت وقطر والبحرين . انظر المواد ٩٥ و١٩٥ كويتي ، ١١٥ و٦٤ قطري و١٠١ و٢٢٤ بحريني ، أما قانون الشركات العماني فقد أتى بنص ذي صياغة عامة غير محددة حيث قضت المادة ٦٩ المتعلقة بشركة المساهمة العامة بأن « تؤسس الشركة نهائيا بتسجيلها في السجل التجاري » .

(٤٧) قضت قوانين الشركات في كل من الكويت وقطر والبحرين باكتساب شركة المساهمة العامة للشخصية المعنوية منذ صدور المرسوم المرخص بتأسيسها ، انظر المواد ٧٤ كويتي و٩٤ قطري و٧٧ بحريني .

(٤٨) تجدر الاشارة إلى ان التشريعات الالمانية والايطالية والهولندية تعترف بالشخصية المعنوية لشركات الأموال وذوات السمؤولية المحدودة وتعتبرها قائمة منذ القيد في السجل التجاري .

(٤٩) سبق ذلك في مصر صدور القانون رقم ٧ لسنة ١٩٥٩ الذي عدل البند الثالث من المادة الخامسة من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ بحيث أصبح النص على النحو التالي « ولا يكون للشركة شخصية معنوية ولا يجوز لها أن تبدأ أعمالها الا بعد قيدها في السجل التجاري ونشر المحرر الرسمي في النشرة الخاصة التي تصدرها وزارة الاقتصاد وذلك على نفقة الشركة » .

(٥٠) انظر استئناف مختلط ١٥ يونيو ١٩٣٢ ب ٤٤ ـ ٣٦٨ اشار لذلك مصطفى كمال طه ، القانون التجاري ، شركات الأموال ، الاسكندرية ١٩٨٢ رقم ١٥٦ صفحة ١٩٦٥ .

(٥١) طبقا للمواد ١٤٢ بحريني و١٣٦ قطري و٤/١٣١ كويتي و٧٥ عماني فان المساهم يتمتع

فقط بحق الاطلاع على ميزانية الشركة وحساب الارباح والخسائر وتقرير مجلس الادارة وتقرير مراقب الحسابات ولا يملك حق الاطلاع على دفاتر الشركة، أما المادة ١٠٨ من نظام الشركات السعودي فترتب للمساهم حق طلب الاطلاع على دفاتر الشركة ووثائقها وذلك بالشروط والقيود الواردة في نظام الشركات او في نظام الشركة ذاتها. أما المادة ١٧٠ من قانون الشركات في دولة الامارات فتقضي بأن يكون اطلاع المساهم على دفاتر الشركة ووثائقها باذن من مجلس الادارة او الجمعية العمومية طبقا لما ينص عليه نظام الشركة.

(٥٢) أنظر استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر ١٩٣٩ ب ٥٢ ـ ٨٠.

(٥٣) أنظر: Hand book of the Companies Investigation system, London, 1980

(٥٤) أنظر: Company Law by Kenneth Smith and Denis Keenan 5th ed Britain, Bath 1984, P.: 309

(٥٥) معدلة بموجب المادة ١٠٩ من قانون سنة ١٩٦٧ ثم صدر تعديل جديد لقانون سنة ١٩٤٨ يسد النقص المتعلق بالاستقصاءات والتحريات وذلك بموجب قانون الشركات لسنة ١٩٨١ أنظر:

The Compaies Act 1981, by Leigh and Edey, London 1981, No 339, p. 138.

(٥٦) يمكن أن يقال نفس الشيء عن القانون التاجاري السوري حيث قررت المادة ٢٧٥ من القانون رقم ١٤٩ لسنة ١٩٤٩ المعدلة بالمرسوم التشريعي رقم ٣١ لسنة ١٩٥٣ أن للوزارة ان تراقب الشركات المساهمة المغفلة في كل ما يتعلق بتنفيذ أحكام القانون والنظام الاساسي.

(٥٧) لا يوجد نظام التفتيش في قانون الشركات العماني وهو نقص تشريعي يتعين تداركه، أما التفتيش في نظام الشركات السعودي وقانون الشركات الكويتي فقاصر على شركات المساهمة بينما يشمل شركات المساهمة وشركات التوصية بالاسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة في قانوني الشركات البحريني والقطري. انظر المواد ١٠٩ سعودي ١٧٨ كويتي و٢٨٥ بحريني و١٩٢ قطري.

(٥٨) الحق في التفتيش مقرر لهيئة حسم منازعات الشركات التجارية في السعودية ولادارة التجارة والاقتصاد بوزارة التجارة والزراعة والاقتصاد في البحرين ولموظفي مراقبة الشركات في وزارة الاقتصاد والتجارة في قطر وللدائرة الحكومية المختصة في الكويت.

(٥٩) ذلك مقرر ايضا في كل من الكويت وقطر والبحرين، أما نظام الشركات السعودي فلا يعطي هيئة حسم منازعات الشركات التجارية حقا في المبادرة.

(٦٠) ذلك مقرر ايضا في السعودية بناء على طلب من المساهمين الذين يمثلون ٥٪ على الاقل من رأس المال وفي كل من البحرين وقطر بناء على طلب الشركاء الحائزين على ٢٥٪ من رأس المال، ولا يملك المساهمون في الكويت مثل هذا هذا الحق انظر المواد ١٠٩ سعودي و٢٨٧ بحريني و١٩٤ قطري.

(٦١) خلافا لذلك يتقدم المساهمون في البحرين بطلبهم الى رئيس المحكمة الكبرى الذي يأمر بالتفتيش على الشركة ودفاترها. أنظر المادة ٢٨٧ بحريني.

(٦٢) مطابق تقريبا للمواد ١٩٨ قطري و١٨٩ بحريني ولا نظير لذلك في الكويت، أما المادة ١٠٩ من نظام الشركات السعودي فتقرر بأنه اذا ثبتت صحة الشكوي جاز لهيئة حسم منازعات الشركات التجارية ان تأمر بما تراه من اجراءات تحفظية وأن تدعو الجمعية العامة لاتخاذ القرارات اللازمة، كما يجوز لها في حالة الضرورة القصوى أن تعزل اعضاء مجلس الادارة

والمراقبين وأن تُعيّن مديرا مؤقتا تحدد سلطته ومدة مهمته.

(٦٣) لا يوجد تنظيم لهذه المسألة في قوانين الشركات في عمان والكويت وقطر، أما نظام الشركات السعودي وقانون الشركات البحريني فقد اوردا نصوصا عامة وقررا انه يجوز تحول اي شركة إلى نوع آخر من الشركات بقرار يصدر وفقا للاوضاع المقررة لتعديل عقد الشركة او نظامها وبشرط استيفاء شروط التأسيس والشهر المقرر للنوع الذي حولت اليه الشركة، انظر المادتين ٢١٠ سعودي و٢٤٦ بحريني ومابعدها.

(٦٤) أنظر تفصيل ذلك في كتابي الشركات التجارية في دولة الامارات العربية المتحدة وفقا للقانون الاتحادي رقم (٨) لسنة ١٩٨٤، الطبعة الاولى دبي ١٩٨٤ الصفحات ٢٢٨ - ٢٢٩.

(٦٥) انسجاما مع هذا التوجه نجد المادتين ٣٦ بحريني، و١٠ قطري تنصان على مايلي «تكون ادارة الشركة لجميع الشركاء» وكذلك الحال بالنسبة للمادة ٣٤ من قانون الشركات العماني حيث تقضي بأن «يعتبر جميع الشركاء في شركة التضامن مديرين للشركة». ولا يوجد نص مقابل في قانون الشركات الكويتي أو نظام الشركات السعودي.

(٦٦) أنظر المواد ٣/٩٧ من القانون التجاري السوري و١/٣١ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ المصري.

(٦٧) أنظر المواد. ٧٠ شركات عراقي و١٠٤ تجاري لبناني و٢٦٣ شركات فرنسي و١٠ شركات الاسهم الالماني.

(٦٨) انسجاما مع ما ندعو اليه نجد المادة ١٠٦ من قانون الشركات البحريني تنص على مايلي «يجب ان تكون الاسهم اسمية»، كما تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٩ من نظام الشركات السعودي على أنه «يجوز ان يكون السهم اسميا او لحامله» وتقضي المادة ١٠١ شركات كويتي بأنه «يجب أن تكون اسهم الشركة المؤسسة في الكويت اسمية» وتقضي المادة ١٢١ شركات قطري بمايلي: «يجب أن تكون اسهم الشركة المؤسسة في قطر اسمية»، وتقضي المادة ٧٣ شركات عماني بأن «أسهم الشركة المساهمة يمكن أن تكون اسمية أو لحاملها» ولا تعمد كافة النصوص السابقة إلى استبعاد اشكال الأسهم الاخرى التي لم تخترها.

(٦٩) نفس العدد مقرر في السعودية والبحرين (انظر المادتين ١٥٧ سعودي و٢١٥ بحريني)، وكذلك في فرنسا ومصر (انظر المادتين ٣٦ شركات فرنسي لسنة ١٩٦٦ و٤ مصري من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١)، أما في عمان والكويت وقطر فالحد الاقصى لعدد الشركاء هو ثلاثون شريكا (انظر المواد ١٣٦ عماني و١٨٥ كويتي و٥٥ قطري) علما بان المادة ٢٨٣ من القانون التجاري السوري تجعل العدد ٢٥ شريكا.

(٧٠) أنظر بحثا للاستاذة الدكتورة سميحة القليوبي بعنوان «الخصائص المميزة للشركة ذات المسؤولية المحدودة»، وهو منشور في مجلة القانون والاقتصاد العددان ٣ و ٤. السنة ٤٧ ديسمبر سنة ١٩٧٧ ومحافظة على الاعتبار الشخصي تستلزم بعض التشريعات أن يكون جميع الشركاء من الاشخاص الطبيعيين كما هو الحال بالنسبة للمادة ١٨٥ شركات كويتي، علما بأن ذلك غير مستلزم في دولة الامارات طبقا للاطلاق الوارد في المادة ٢١٨ ولا في قطر أو السعودية او البحرين او عمان.

(٧١) يمكن ان يوجه نفس النقد للمواد ١٥٧ سعودي و١٣٦ عماني و٥٥ قطري و١٨٥ كويتي. أما نص المادة ٢١٥ من قانون الشركات البحريني فقد جاء منسجما مع ما ندعو اليه حيث تقضي المادة المذكورة بان «الشركة ذات المسؤولية المحدودة هي شركة لا يزيد عدد الشركاء فيها عن

خمسين شريكا ولا يكون كل منهم مسؤولا الا بقدر حصته في رأس المال».

(٧٢) من هذا المنطلق تسمى شركة المساهمة العامة بشركة المساهمة ذات الاكتتاب المفتوح بينما تسمى شركة المساهمة الخاصة بشركة المساهمة ذات الاكتتاب المغلق.

(٧٣) لا يوجد مقابل لهذا التعريف في نظام الشركات السعودي ولا في قانون الشركات البحريني ولا في قانون الشركات القطري أو الكويتي. أما المادة ٥٦ من قانون الشركات العماني فتعرف شركة المساهمة بانها «شركة تجارية لها رأس مال معين ومقسم الى اسهم قابلة للتداول وتتألف من ثلاثة اشخاص على الاقل من الاشخاص الطبيعيين او المعنويين وتكون مسؤوليتهم مقتصرة على القيمة الاسمية لأسهمهم»، ويمكن أن يوجه للقانون العماني نفس النقد.

(٧٤) هذا هو نفس التعريف الذي اورده الاستاذ الدكتور مصطفى كمال طه في كتابه «مبادىء القانون التجاري» مؤسسة الثقافة الجامعية ١٩٧٩ رقم ٢٥٤ صفحة ٢٢٩، وهو نفس التعريف الذي. أوردته المادة ١٦ من نظام الشركات السعودي.

(٧٥) من هنا فانها تسمى في فرنسا بشركة الاسم الجماعي Seciete en nom Collectif وتعتبر هذه التسمية حديثة في فرنسا حيث أنها كانت تسمى بموجب لائحة جاك سافاريه التي صدرت سنة ١٦٧٣ بالشركة العامة Societe General .

(٧٦) تعرف المواد ٤ كويتي و٢ قطري و٢١ بحريني و٢٨ عماني و٢٠ مصري شركة التضامن بأنها الشركة التى يعقدها اثنان أو اكثر بقصد الاتجار على وجه الشركة بينهم بعنوان مخصوص يكون اسما لها. وهذا التعريف منتقد من وجهين فهو لا يميز شركة التضامن بخصائص معينة، ولذا فانه يصلح تعريفا للشركة بوجه عام، كما أنه يستلزم أن تكون شركة التضامن بقصد الاتجار بصورة مطلقة في حين أنه لا يوجد ما يمنع من تكوين شركة مدنية في صورة شركة تضامن. انظر في نقد هذا التعريف: على يونس، الشركات التجارية، دار الفكر العربي بدون تاريخ رقم ١٤٨ صفحة ٢٤١، وأنظر كذلك: ابو زيد رضوان الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن المرجع السابق هامش رقم (٢) بند ١٨٤ صفحة ١٧٨، وانظر: مصطفى كمال طه مبادىء القانون التجاري ١٩٧٩، المرجع السابق رقم ٢٤٥ صفحة ٢٣٠.

(٧٧) لم تعرف قوانين الشركات في الكويت وعمان وقطر المؤسس ولتعريف المؤسس في الفقه الانجليزي أنظر: Joseph Gress, Who is a Company Promoter? Law Quarterly Review. 1970, p. 493 etc.

(٧٨) أنظر: ثروت عبدالرحيم، دروس على الآلة الكاتبة في الشركات التجارية الكويت ١٩٧٤ رقم ١٩٩ صفحة ٩١.

(٧٩) انظر: مصطفى طه، القانون التجاري، الاسكندرية ١٩٥٦ الجزء الاول رقم ٤١٨، وانظر ابو زيد رضوان القانون التجاري الكويتي، المرجع السابق رقم ٢٤٦ صفحة ٣٦٠، وانظر سميحة القليوبي، القانون التجاري ١٩٧٥ ـ ١٩٧٦، دار النهضة العربية رقم ١٩٦ صفحة ٦٥٤.

(٨٠) أنظر نقض فرنسي اول يوليو ١٩٣٠ دالوز ١٩٣١ ـ ١ ـ ٣٠٥.

(٨١) يطابق ذلك بل يتجاوزه التعريف الوارد في المادة ٥٣ من نظام الشركات السعودي الذي يقضي بأن «يعتبر مؤسسا كل من وقع عقد شركة المساهمة او طلب الترخيص بتأسيسها او قدم حصة عينية عند تأسيسها او اشترك اشتراكا فعليا في تأسيس الشركة». كما يطابقه تماما نص المادة ٦٧ من قانون الشركات البحريني.

(٨٢) انظر مصطفى طه، القانون التجاري، شركات الاموال ١٩٨٢ رقم ١٤ صفحة ٢١.

(٨٣) تقضي المادة ١/٣٢٣ من قانون الشركات في دولة الامارات بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تجاوز سنتين وبغرامة لا تقل عن عشرة الاف درهم ولا تجاوز مائة الف درهم او باحدى هاتين العقوبتين لكل من يثبت عمدا في عقد الشركة أو في نشرات الاكتتاب في اسهمها بيانات كاذبة او مخالفة للقانون، وكل من يوقع هذه الوثائق او يوزعها مع علمه بذلك، كما تقضي المادة ١٦٢ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في مصر بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن الف جنيه ولاتزيد على عشرة آلاف جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين لكل من يثبت عمدا في نشرات اصدار الاسهم او السندات بيانات كاذبة او مخالفة لاحكام القانون او لائحته التنفيذية وكل من يوقع تلك النشرات تنفيذا لهذه الاحكام وانظر كذلك المواد ٢٢٩ سعودي، و٢٠٠ قطري و١٧٠ عماني و٢٩١ بحريني و١٠٠ - ١٠٢ لبناني و٤٣٢ - ٤٣٦ شركات فرنسي.

(٨٤) على هذا النحو وردت المادتان ١٧ سعودي و٢٩ عماني: لذا يمكن أن يوجه اليهما نفس النقد أما المواد ٤ كويتي و٢٣ بحريني و٤ قطري فقد جاءت اكثر دقة اذ انها تشير جميعا إلى عنوان شركة التضامن بدلا من اسمها، وانظر في نفس الاتجاه الاخير المادة ٢٠ من المجموعة التجارية المصرية.

(٨٥) هذا النص مطابق لنص المادة ٣٧ سعودي وقريب من نص المادة ٤٨ عماني أما المواد ٤٥ كويتي و٤٩ بحريني و٣٨ قطري فتنص على مايلي: «لا يشتمل عنوان شركة التوصية الا على اسماء الشركاء المتضامنين». ويسير في الاتجاه الاخير كل من المواد ٢٤ من المجموعة التجارية المصرية و٢/٢٢٨ تجاري لبناني و٣١٢ تجاري سوري و٢٢ شركات عراقي و٢٥ شركات فرنسي لسنة ١٩٦٦.

(٨٦) تجدر الاشارة إلى أن المادة ٢/١٥٤ سعودي عادت فاشارت إلى عبارة «عنوان الشركة» بدلا من «اسم الشركة» حيث قضت بسريان حكم المادة ٣٧ على عنوان شركة التوصية بالاسهم، في حين أن المادة ٣٧ المحال عليها تشير إلى «اسم الشركة» لا إلى «عنوان الشركة». أما المادتان ٤٥ قطري و٥٤ كويتي فتتحدثان عن عنوان الشركة، في حين جاء نص المادة ٢٠٠ بحريني على النحو التالي «يتكون اسم شركة التوصية بالاسهم من اسم واحد او اكثر من الشركاء المتضامنين ويجوز أن يضاف إلى اسم الشركة تسمية مبتكرة او مشتقة من غرضها. «هذا ولم يميز قانون الشركات العماني شركة التوصية البسيطة عن شركة التوصية بالاسهم اذ نظمها في الباب الثالث تحت مسمى «شركات التوصية».

(٨٧) انظر: محمد حسني عباس، دروس على الآلة الكاتبة في القانون التجاري (الملكية الصناعية) دراسة مقارنة في قوانين الدول العربية، الكويت ١٩٧٣/١٩٧٤ رقم ٤٠٣ صفحة ٢٤٨.

(٨٨) يرى البعض أن سبب هذه التسمية راجع لان اي شخص يستطيع شراء اسهم هذه الشركة دونما حاجة للافصاح عن اسمه على اعتبار أن الاسهم مجرد سلع عادية، انظر في ذلك:
. Jacques Ellul, Histoire des Instutions, Paris 1939, p. 234.

(٨٩) انظر المادتين ٨٨ تجاري سوري و٧٧ تجاري لبناني.

(٩٠) تعتبر شركة التوصية بالأسهم من الشركات ذات الطبيعة المختلطة.

(٩١) تقضي المواد ٦٥ عماني و١٠٢ قطري و٧٢ كويتي بأنه اذا لم يكتتب بكامل الاسهم المعروضة وجب على المؤسسين العدول عن تأسيس الشركة أو تخفيض رأسمالها. أما المادة ٨٩ بحريني

فتسمح للمؤسسين بانقاص رأس المال بالقدر الذي لم يكتتب به بشرط موافقة وزير التجارة دون تخويل المكتتبين الحق في الرجوع عن الاكتتاب، هذا، ولا يوجد نص مماثل في نظام الشركات السعودي حيث ان هذا النظام يقضي بعدم اتمام تأسيس الشركة الا اذا اكتتب بكامل رأس المال (م ٥٦) مما لا يدع مجالا لتخفيض رأس المال وبالتالي فتح المجال للمكتتبين بالرجوع عن اكتتابهم.

(٩٢) أغلب الظن أن المادة ٨٤ من قانون الشركات في دولة الامارات منقولة عن المادتين ٨٤ كويتي و١٠٤ قطري، فبذا يوجه للمادتين الاخيرتين نفس النقد، علما بأن نص الفقرة الثالثة من المادة ٦٥ عماني قد جاء منسجما مع ما ندعو اليه اذ قررت بأن لكل مكتتب أن يرجع عن الاكتتاب خلال مدة خمسة عشر يوما من نشر البيان القاضي بتخفيض راس المال في الجريدة الرسمية والا اعتبر اكتتابه نهائياً.

(٩٣) هذا النص مطابق تماما لنصوص المواد ٢٠٤ بحريني و٤٧ قطري و٥٠ كويتي و١٥٢ سعودي، ولا يوجد تنظيم خاص بشركة التوصية بالأسهم في قانون الشركات العماني.

(٩٤) هذا النص مطابق تماما لنص المادة ٢٠٥ شركات بحريني ولا مقابل له في نصوص قوانين الشركات في قطر وعمان والسعودية والكويت.

(٩٥) أنظر على البارودي، القانون التجاري ١٩٧٥، المرجع السابق رقم ٢٨١ ص ٣٣٦، وانظر : مصطفى طه، القانون التجاري، شركات الأموال، المرجع السابق رقم ٢٢١ صفحة ٢٣٤.

(٩٦) أنظر : سميحة القليوبي، القانون التجاري سنة ١٩٧٥ ـ ١٩٧٦، المرجع السابق، رقم ١٨٦ صفحة ٦٤٤.

(٩٧) هذا النص مطابق تقريبا لنصوص الفقرات الثانية من المواد ٢٠٤ بحريني ٤٧ قطري و١٥٢ سعودي و٥٠ كويتي.

(٩٨) أنظر :

Francis Lemeunier, Principles et Pratique du droit des sociétés, Paris 1980, p. J. 3.

(٩٩) مطابقة تماما لنص المادة الخامسة من نظام الشركات السعودي ولنص المادة العاشرة من قانون الشركات البحريني وللمادة ١٢ من قانون الشركات التجارية العماني ولا نظير لهذا النص في قانون الشركات التجارية القطري حيث لا يتضمن القانون الاخير فصلا يعالج الاحكام العامة للشركة، وهو نقص تشريعي كان ينبغي تداركه، كما لا يوجد نظير لهذا النص في قانون الشركات التجارية الكويتي، الا أن المادة ١٦٥ من قانون التجارة الكويتي رقم ٢ لسنة ١٩٦١ (والتي حلت محلها المادة ١١٠ من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠) تقضي بأنه اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزما بدفع فوائد قانونية.

(١٠٠)انظر المواد ٥١٠ مدني مصري و١٨٤٦/١ مدني فرنسي و٦٣٠ مدني عراقي.

(١٠١)مطابقة تقريبا لنصوص المواد ٨٠ شركات عماني و١٠٤ شركات كويتي و١٢٤ شركات قطري. وخلافا لذلك نجد نص الفقرة الثالثة من المادة ١١٠ من نظام الشركات السعودي قد جاء على النحو التالي «وتستوفي الشركة من حصيلة البيع المبالغ المستحقة لها. وترد الباقي لصاحب السهم» كما جاء نص البند الرابع من المادة ١٠٧ من قانون الشركات البحريني على النحو التالي «تستوفي الشركة من الثمن الناتج عن البيع ما يستحق لها من اقساط متأخرة والمصاريف وترد الباقي لصاحب السهم».

(١٠٢)ان طريق الانتصاف الذاتي غير مقرر بموجب نص تشريعي في مصر، الا أنه يجوز اعطاء هذا الحق للشركة اذا تم النص على ذلك في نظامها وهو مقرر بموجب المواد ١١٠ سعودي و١٠٧ بحريني و٨٠ عماني و١٠٤ كويتي و١٢٤ قطري.

(١٠٣)يوجه نفس النقد لقانون الشركات العماني، أما القانون الكويتي فيعتبر منسجما مع ذاته حيث اقر اصلا تحصيل فوائد.

(١٠٤)هذا ما يستدل كذلك من مفهوم المادتين ٥٣ كويتي و١٥٣ سعودي. وخلافا لذلك نجد الفقرة الاولى من المادة ٢١١ من قانون الشركات البحريني والمادة ٤٨ من قانون الشركات القطري تنصان على مايلي «يكون لشركة التوصية بالاسهم جمعية عامة تتكون من جميع الشركاء متضامنين ومساهمين». أما قانون الشركات العماني فلم ينظم شركة التوصية بالاسهم.

(١٠٥)أنظر: ابو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن، المرجع السابق رقم ٦٢٣ صفحة ٦٤٧، وانظر: علي الباردوي، القانون التجاري ١٩٧٥ رقم ٢٨١ صفحة ٣٣٧، وانظر: سميحة القليوبي القانون التجاري، المرجع السابق رقم ١٨٨ صفحة ٦٤٧.

(١٠٦)انظر: ربير، الشرح الاولى للقانون التجاري، الطبعة التاسعة لروبللو، رقم ١٦١٨ صفحة ٩٥٦.

(١٠٧)تجدر الاشارة إلى أن نص المادة ١١٢ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في مصر يتضمن مثل هذا النص الذي يوحي بعدم الاتساق التشريعي.

(١٠٨)يمكن أن يوجه نفس النقد للمادة ١٥٣ من نظام الشركات السعودي التي تقضي بأن لا يكون للشركاء المتضامنين رأي في تعيين مجلس الرقابة، هذا ولم يحدد القانون الكويتي الجهة المختصة بتعيين أو انتخاب مجلس الرقابة، وهو نقص تشريعي كان ينبغي تداركه. وخلافا لذلك نجد المشرعين البحريني والقطري منسجمين مع ما سبق لهما تقريره من كون الجمعية العمومية تضم الشركاء المتضامنين والمساهمين حيث قررت المادتان ٢٠٧ بحريني و٥٠ قطري بأن. «لا يكون للشركاء المتضامنين صوت في انتخاب اعضاء مجلس الرقابة».

(١٠٩)تقضي المادة ١٣٢ من قانون الشركات في دولة الامارات بمايلي «لا يجوز لاعضاء مجلس الادارة الاشتراك في التصويت على قرارات الجمعية العمومية الخاصة بابراء ذمتهم من المسؤولية عن ادارتهم أو التي تتعلق بمنفعة خاصة لهم أو بخلاف بينهم وبين الشركة.

(١١٠)مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٩١ من نظام الشركات السعودي وللفقرة الاولى من المادة ١٧٣ من قانون الشركات البحريني وللمادة ١٢٢ من قانون الشركات العماني وللمادة ١٥٦ من قانون الشركات الكويتي وللمادة ١٦٤ من قانون الشركات القطري.

(١١١)طبقا للمادة ١٠٩ من نظام الشركات السعودي فان هيئة حسم منازعات الشركات التجارية هي التي تملك الحق في عزل اعضاء مجلس الادارة في هذه الحالة، في حين تمنح المادتان ٢٨٩ بحريني و١٩٨ قطري حق العزل للجمعية العامة التي يرأسها في ذلك الاجتماع من يندبه وزير التجارة، وتقرر المادة ٩٩ من قانون الشركات العماني «للجمعية العامة في اي وقت، ودونما حاجة لاي مبرر أن تعزل اي عضو من اعضاء مجلس الادارة أو أن تعزلهم جميعا حتى ولو نص نظام الشركة على خلاف ذلك». أما المادة التاسعة من المرسوم بقانون رقم ٣ لسنة ١٩٧٥ بتعديل بعض احكام القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ الكويتي فلم تعط الجمعية العامة سوى الحق في النظر في التقرير دون تخويلها الحق في عزل اعضاء مجلس الادارة.

(١١٢)تجدر الاشارة إلى أن نص الفقرة الثالثة من المادة ٣٢١ من قانون الشركات في دولة الامارات

المتعلق بهذا الخصوص مطابق لنصوص المواد ٢٨٩ بحريني و١٩٨ قطري وللفقرة الخامسة من المادة ١٦٠ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ المصري، ولذا يمكن أن يوجه اليها جميعا نفس النقد، أما قوانين الشركات في السعودية وعمان والكويت فلا تتضمن نصوصا مقابلة.

(١١٣)يمكن أن يوجه نفس النقد للفقرة الثانية من المادة ٢٨٩ بحريني وللفقرة الثانية من المادة ١٩٧ قطري. أنظر في نفس الاتجاه: مصطفى كمال طه، القانون التجاري، شركات الاموال، المرجع السابق رقم ١٥٩ صفحة ١٦٩.

(١١٤)طبقا للمادة ٤٧٣ من قانون المعاملات المدنية في دولة الامارات فانه «لا ينقضي الحق بمرور الزمان ولكن لا تسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمس عشرة سنة بغير عذر شرعي».

(١١٥)أنظر المواد ٣٣ ـ ٣٥ من قانون الشركات في دولة الامارات.

(١١٦)طبقا للمادة ٦٥ من المجموعة التجارية المصرية فان دعاوي دائني الشركة على الشركاء تسقط بمضي خمس سنوات من تاريخ اشهار انقضاء الشركة وهو مايجري عليه العمل في كل من فرنسا (المادة ٤٠١ من قانون الشركات لسنة ١٩٦٦) وسوريا (المادة ٨٧ من قانون التجارة السوري) ولبنان (المادة ٧٦ من قانون التجارة اللبناني).

(١١٧)أنظر المواد ٢٢٦ من نظام الشركات السعودي والثالثة من قانون الشركات الكويتي والعاشرة من قانون الشركات العماني و١٧ من قانون الشركات البحريني و٢٠٦ من قانون الشركات القطري.

(١١٨)يمكن أن يوجه نفس النقد للمادة ٦٣ من قانون الشركات القطري حيث تشير لمسؤولية مقدم الحصة دون أن تقرر تقادما قصيرا وللمادة ٩٤ من قانون الشركات الكويتي، ولا يوجد نص مقابل في قانون الشركات العماني.

(١١٩)تقابلها المواد ١١٤ من قانون الشركات البحريني و١٢٩ من قانون الشركات القطري و١٠٠ من نظام الشركات السعودي و١٠٩ من قانون الشركات الكويتي والتي تم تعديلها بموجب المرسوم بقانون رقم ٣ لسنة ١٩٧٥ بحيث أصبحت مدة الحظر ثلاث سنوات بدلا من سنتين، ولا يوجد مقابل لهذا النص في قانون الشركات العماني.

(١٢٠)تقابلها الفقرة الثانية من المادة ١٠٠ من نظام الشركات السعودي ولا يوجد مقابل لهذا النص في قوانين الشركات في البحرين وقطر والكويت وعمان.

(١٢١)من هذا الرأي ابو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن، المرجع السابق رقم ٥١٠ صفحة ٣٩٠، ويعقوب صرخوه، الاسهم وتداولها في الشركات المساهمة، رسالة دكتوراه، صفحة ٣٩٠، وانظر عكس ذلك الفتوى رقم ٢/٣١٥ الصادرة عن ادارة الفتوى والتشريع في الكويت والتي تقرر بمقتضاها أنه لا يجوز للدولة التصرف في اسهم شركة صناعة الكيماويات البترولية التي اكتتبت فيها بصفتها مؤسسة قبل مرور ثلاث سنوات.

(١٢٢)أنظر المواد ١٨٨ كويتي و٢١٧ بحريني و٥٨ قطري و١٣٧ عماني.

(١٢٣)لا يتضمن نظام الشركات السعودي نصا مماثلا مما يجعله عرضة لنفس النقد.

(١٢٤)من التشريعات التي أخذت بذلك المادة ٤٦ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في مصر والمادة ٢٧١ من قانون الشركات التجارية الفرنسي لسنة ١٩٦٦.

(١٢٥)تقابلها المادة ٧٤ من قانون الشركات البحريني والمادة ٦٠ من قانون الشركات العماني ولا يوجد مقابل لهذا النص في قوانين الشركات في الكويت والسعودية وقطر.

(١٢٦)يمكن أن يوجه نفس النقد لقانون الشركات في البحرين. أما بالنسبة لقانوني الشركات في

السعودية وعمان فلم يتعرضا أصلا للمدة التي ينبغي على المؤسسين انتظارها لحين التقدم بطلب جديد في حال رفض الطلب الاول، وهو نقص تشريعي كان ينبغي معالجته، علما بأن قانوني الشركات في قطر والكويت لم يُقررا التظلم لمجلس الوزراء واستلزما وجوب الانتظار لمدة اقلها ستة سهور من تاريخ رفض الطلب.

(١٢٧)مطابقة للمواد ٢/٦٣٦ مدني عراقي و٣/٤٨٢ مدني سوري و٢/٥١٥ مدني مصري، ولا تتضمن قوانين الشركات في قطر وعمان والكويت نصوصا مماثلة.

(١٢٨)أنظر المادة السابعة من نظام الشركات السعودي والمادة الخامسة عشرة من نظام الشركات البحريني.

(١٢٩)طبقا للمادة ٢٠٥ من قانون الشركات القطري فانه ينبغي أن تكون نسبة مساهمة رأس المال الاجنبي في الشركات وفقا للقوانين المنظمة لاشتغال الاجانب بالتجارة والصناعة وغيرها من الانشطة في دولة قطر، وطبقا للفقرة جـ من المادة الثالثة من قانون الاعمال التجارية والتوظيفات المالية الاجنبية العماني فالحد الادنى لحصة العمانيين في رأس المال هو ٣٥٪ في جميع الاحوال.

(١٣٠)مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٢١ من قانون الشركات البحريني.

(١٣١)مطابقة للمادة ٥١ من قانون الشركات البحريني.

(١٣٢)مطابقة للمادة ٢١٣ من قانون الشركات البحريني التي تحيل على المادة ٦٠ من نفس القانون.

(١٣٣)أنظر المادة ٢٩٣ من قانون الشركات البحريني.

(١٣٤)أنظر المادة ١٤ من قانون الاعمال التجارية والتوظيفات المالية الاجنبية العماني.

(١٣٥)أنظر المادة الثالثة من قانون الشركات التجارية القطري.

(١٣٦)تقرر المادتان ١٤٦ بحريني و٩٥ عماني الحد الاقصى باثني عشر عضوا، أما المادة ١٤١ قطري فتجعل الحد الاقصى أحد عشر عضوا، علما بأن المادتين ١٣٨ كويتي و٦٦ سعودي لا تضعان حدا اقصى ولم يجر العمل في البلدين الاخيريين على وصول العدد إلى خمسة عشر عضوا.

(١٣٧)الحد الاقصى هو اثنا عشر عضوا طبقا للمواد ١٤٤ تجاري لبناني و١/١٧٨ تجاري سوري و١٣٥/أ تجاري عراقي و٨٩ شركات فرنسي وتسعة اعضاء طبقا للمادة ٢١ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ المصري.

(١٣٨)أخذت بذلك المواد ٩٦ عماني و٦٦ سعودي و١٦٥ قطري.

(١٣٩)اخذت بذلك المادتان ١٤٩ بحريني و١٤١ كويتي.

(١٤٠)من هذه التشريعات نظام الشركات السعودي وقانون الشركات العماني، أما المادة ١٤٣ من قانون الشركات القطري فلا تجيز أن يكون الشخص عضوا في مجلس ادارة اكثر من ثلاث شركات من شركات المساهمة في قطر، ومع ذلك تجيز استثناء مما تقدم الجمع بين عضوية مجالس ادارة الشركات المساهمة التي يملك العضو ١٠٪ على الاقل من أسهم رأس مال كل منها مهما بلغ عدد هذه الشركات مادامت عضويته مقصورة عليها.

(١٤١)أنظر المادتين ١٤٠ كويتي و١٤٨ بحريني.

(١٤٢)أخذت بذلك المادتان ١٤٣ كويتي و١٥٥ قطري.

(١٤٣)يمكن أن يوجه نفس النقد للمواد ٦٧ سعودي و٩٨ عماني و١/١٥١ بحريني.

(١٤٤)أنظر المادتين ١٠٠ عماني و٨٠ عماني.

(١٤٥)أنظر الفقرة الثانية من المادة ١٥٢ من قانون الشركات البحريني.

(١٤٦)من هذا المنطلق جاء القانون المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٥٨ ليعدل المادة ٤/٢١ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ التي كانت تجيز لعضو مجلس الادارة انابة احد زملائه، الا ان المادة ٤/٧٧ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ عادت فأجازت أن ينيب أحد اعضاء مجلس الادارة غيره في حضور الجلسات شريطة ألا تجاوز اصوات المندوبين ثلث أصوات الحاضرين، وهو وضع منتقد.

(١٤٧)تجدر الاشارة إلى أن قوانين الشركات في قطر والبحرين وعمان والكويت لم تحدد طريق استهلاك الاسهم.



من المكتبة
الشـــرعية والقـــانونية



من مكتبة الكلية

إعداد د . خليفة بابكر الحسن

اخترت لك أيها القارىء كتاب «أصول الفقه الإسلامي»

للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي
رئيس قسم الشريعة ـ جامعة الإمارات

فقد صدر حيديثاً هذا الكتاب في دار الفكر بدمشق في طبعته السادسة في مجلدين (١٢٣٠ صفحة) وهو الموسوعة الثانية للمؤلف بعد الموسوعة الأولى «الفقه الإسلامي وأدلته» ـ ثمانية مجلدات. وقد نهج فيه المؤلف منهجاً جديداً في كتابة أصول الفقه بالجمع بين الطريقة التقليدية لأغلب الأصوليين، وطريقة الإمام الشاطبي في كتابه «الموافقات».

يشمل الكتاب جميع مباحث علم أصول الفقه ذات الفائدة العملية والنظرية، مع استقصاء مختلف جزئيات المواضيع الأصولية، والتعمق في بيانها، ومع التركيز على أدلة الأصوليين ومناقشتها والترجيح فيما بينها، وتتبع ما كتب حديثاً وقديماً عنها.

ويمتاز الكتاب أيضاً بأسلوبه السهل المبسط، وبعباراته المرسلة الواضحة الدقيقة، وإيراده الأمثلة التطبيقية المتنوعة التي تبرز مدى فائدة دراسة علم الأصول، سواء بالنسبة للطالب والمتخصص والإداري والقاضي والمحامي، مما جعل هذا العلم محبباً، مرغوباً فيه، وبعيداً عن التعقيد والصعاب التي كان يعاني منها الدارسون على طريقة المؤلفين القدماء، كما أنه أصبح لهذا العلم أهمية عملية، لا مجرد تاريخ للاجتهاد، يتعرف به القارىء على اجتهادات الفقهاء، ويدرك مصادر التشريع التي اعتمد عليها المجتهدون العظام من أئمة المذاهب في استنباط أحكام الشريعة، فيتدرب الفقيه على طريقة الاستنباط، ويستخدمها في معرفة أحكام المسائل المستجدة والقضايا الطارئة.

ومشتملات الكتاب في ثمانية أبواب كبرى هي :

الباب الأول : الأحكام الشرعية وأنواعها، وفيه فصول أربعة، الأول : في الحكم. والثاني : في الحاكم. والثالث : في المحكوم فيه أو به. والرابع : في المحكوم عليه وعوارض الأهلية.

الباب الثاني : طرق استنباط الأحكام من النصوص الشرعية .

وفيه فصلان : الأول : في الدلالات . والثاني : في حروف المعاني .

الباب الثالث : مصادر الأحكام الشرعية . وفيه فصلان : الأول : في مصادر الأحكام الشرعية المتفق عليها . والثاني : في المصادر التبعية للأحكام .

الباب الرابع : النسخ .

الباب الخامس : تعليل النصوص .

الباب السادس : مقاصد الشريعة العامة .

الباب السابع : الاجتهاد والتقليد . وفيه فصلان : الأول : في الاجتهاد . والثاني : في التقليد .

الباب الثامن : المعارضة (التعارض) والترجيح بين الأدلة وفيه فصلان : الأول : في تعارض الأدلة . والثاني : في الترجيح بين الأدلة .

المحتويات